

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DU MINEUR COMMERÇANT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 30 Avril 1901, à 10 heures

PAR

Nicolas MURGASÉNU

Président : M. THALLER.

Suffragants } MM. BOISTEL, } *Professeurs.*
 } LYON-CAEN, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1901

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.

1913
BIBLIOTHEQUE
MUSEE

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DU MINEUR COMMERÇANT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les Matières ci-après sera soutenu le
Mardi 30 Avril 1901, à 10 heures

PAR

Nicolas MURGASÉNU



Président : M. THALLER.

Suffragants } MM. BOISTEL, { *Professeurs.*
LYON-CAEN, {

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1901

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MA GRAND'MÈRE

INTRODUCTION

La loi du 2 mars 1791, proclama nettement la liberté de l'industrie. « Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon » (art. 17). La Constitution de 1791 répéta les mêmes principes. « Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de profession, arts et métiers ».

La Constitution de 1793, article 6, fait encore une allusion directe à la liberté du commerce : « Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen, de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son *travail et de son industrie* » ; et article 17 : « Nul genre de travail, de culture, de commerce ne peut être interdit à l'industrie des citoyens ».

« La liberté du commerce, dit M. Boistel, se déduit nécessairement du droit d'appropriation et du droit de propriété, puisqu'elle n'est qu'un mode spécial d'acquérir de nouvelles richesses en disposant de celles que l'on a légitimement acquises » (1).

Le principe de la liberté du commerce est consacré par nos lois et le projet primitif du Code de commerce, dans son article 1, le formulait à nouveau. Mais au Conseil d'État, on supprima le premier article pour deux motifs : d'abord, parce que le principe qu'il

(1) BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, t. I, p. 227, 1899.

consacrait n'était à sa place que dans un Code de droit public ; ensuite, parce qu'il n'est pas absolument inexact de dire que toute personne peut faire le commerce, car il existe encore certaines incapacités ou incompatibilités.

De nos jours, presque tout le monde peut être commerçant. Les distinctions de l'ancien droit ont disparu (1), mais le principe n'est pas absolu. Il existe encore de nos jours des catégories de personnes auxquelles des lois spéciales ou des règlements professionnels interdisent l'exercice du commerce ; il y a, d'autre part, certaines personnes qui à raison de leur incapacité naturelle et légale ne peuvent pas exercer le commerce : ce sont les mineurs, les interdits et les femmes mariées.

Nous ne confondons pas ces deux catégories d'incapacités. Les prohibitions ou défenses de faire le commerce sont dictées par l'intérêt public ; tandis que l'incapacité, c'est l'incapacité à accomplir des actes de commerce ayant sa source, soit dans l'intérêt privé de la famille (femme mariée), soit dans une protection pour l'incapable, ce qui arrive pour l'interdit ou le mineur (2).

(1) Anciennement la noblesse ne pouvait exercer le commerce, qui était abandonné aux classes de la nation considérées comme inférieures, et surtout aux Israélites. Mais, à partir du xvi^e siècle, les rois de France commencent à autoriser les nobles à trafiquer. Charles X délivra en 1556 des lettres-patentes permettant le commerce à la noblesse de Marseille, de Normandie et de Bretagne. Le commerce était encore interdit aux moines et aux officiers de la judicature.

(2) L'intérêt de distinguer ces deux catégories d'incapacité est que : les actes de commerce faits par l'incapable sont frappés de nullité ; tandis que les actes faits au mépris d'une simple prohibition sont valables et produisent tout leur effet ; la contravention d'une prohibition entraîne le plus souvent une peine disciplinaire.

C'est la condition du mineur commerçant que nous allons étudier.

L'article 388 C. civ. porte que « le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de 21 ans accomplis. L'art. 488 C. civ. complète cette disposition, en proclamant la capacité pour tous les actes de la vie civile à 21 ans.

Le mineur est donc incapable des actes de la vie civile. Son incapacité vient de la nature même. Aussi la loi doit veiller à l'éducation et aux intérêts de ceux qui ne peuvent pas eux-mêmes gouverner leur personne et leurs biens. — Pendant le mariage des père et mère, l'enfant sera sous la puissance paternelle. Si la puissance paternelle se dissout avant la majorité, la tutelle s'impose. Le mineur sera représenté par son tuteur dans les différents actes de la vie civile.

Devait-on appliquer les mêmes règles aux actes de la vie commerciale ?

En droit français, on a pensé que cela aurait entraîné de graves inconvénients. Les affaires de commerce, par leur caractère extrêmement chanceux, par leur nature délicate, par les conséquences auxquelles celui qui les exerce est exposé, mettaient une attention toute particulière de législation, soulevée, en tant qu'il s'agissait de personnes qui peuvent les exercer.

Plusieurs systèmes se présentaient au législateur.

D'abord, le *système romain* qui consiste à compléter la capacité du mineur par l'autorisation du tuteur.

En effet, en droit romain, le tuteur ne représentait pas le mineur, n'agissait pas pour lui, du moins quand ce dernier était sorti de l'*infantia*. Le mineur lui-même,

contractait avec l'autorisation du tuteur, qui était le complément indispensable, nécessaire, de sa capacité.

Un autre système est celui de la *représentation*. Le mineur exerçant le commerce par l'entremise de son tuteur. L'honneur et la fortune du mineur dépendraient de la sorte de l'inexpérience du tuteur.

Le troisième système, qui a été adopté par le législateur français, est celui de l'*habilitation*. On relève complètement le mineur de son incapacité, au moyen de l'accomplissement de certaines conditions.

L'ancien droit français avait au contraire admis un principe de liberté. Le mineur exerçant le commerce était, par cela seul, considéré comme majeur pour les actes relatifs à son commerce.

Dans ce système, la protection des incapables était-elle assurée ?

En effet, deux intérêts se trouvent ici en présence :

D'un côté, l'intérêt de l'incapable, qui a besoin de protection ; d'autre part, l'intérêt du commerce et du crédit public, qui exige qu'il y ait le moins d'entraves possibles à l'exercice du commerce.

L'ancien droit avait pris en considération le second intérêt, au détriment peut-être du premier.

Nous commençons par étudier la condition juridique du mineur dans l'ancien droit.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS HISTORIQUES SUR LE MINEUR COMMERÇANT

Dans l'ancien droit français, l'âge de la majorité était très diversement fixé.

« La majorité, dit Loysel (1) est aux mâles à 14, 15, 18 et 20 ans selon la diversité des coutumes ; mais en ce qui concerne l'aliénation de l'immeuble, elle se doit prendre à 25 ans ».

Au xiv^e siècle on peut poser ces règles générales : dans l'Ouest de la France, le gentilhomme est majeur à 21 ans ; le roturier est majeur à 15 ans. La fille noble est majeure à 15 ans ; la fille roturière à 12.

Dans l'Est de la France, le gentilhomme est majeur à 14 ou 15 ans, la fille noble à 12 ans. Pour les roturiers, Beaumanoir maintient pour eux les deux limites de 15 à 12 ans.

Mais les influences romaines gagnent du terrain, la majorité qui était de 14 ans en Bourgogne est retardée jusqu'à 21 au xvr^e siècle et plus tard jusqu'à 25 ans. A la fin du xvii^e siècle, on demeurerait à peu près d'accord

(1) *Instit. coutumières*, n° 198.

qu'en dépit des différences de coutumes, l'âge de 25 ans était nécessaire pour aliéner les immeubles, en disposer et les charger d'hypothèques. La pratique avait fait valoir une pleine majorité de 25 ans (1).

En ce qui concerne le mineur négociant ou marchand, la loi lui permettait de faire le commerce avant cet âge. L'ancien droit avait consacré des principes de liberté et le privilège de minorité n'était pas admis en matière de commerce.

L'opinion des docteurs était conforme à l'ancien usage de la plupart des cités commerçantes.

Straccha, d'après l'avis de plusieurs jurisconsultes, atteste que les mineurs ont le droit de faire le commerce, *si sint aprobatī mercatores et in albo mercatorum descripti* (2).

En Italie, d'après le statut de Rome, il suffisait, pour que le fils placé sous la puissance de son père pût s'obliger commercialement et être porté *in albo mercatorum*, que sa demeure fût séparée de celle de son père, et qu'il fît publiquement le commerce : *quod filius familias seorsē a patre habitet, et publice negotietur* (3).

Quant aux différentes cités marchandes du moyen âge, on remarque qu'il n'y a pas une limite d'âge uni-

(1) VIOLLET, *Histoire du Droit civil français*, p. 516.

(2) *De mercat*, p. 371, n° 26 et s.

(3) *Annaldus de com. Bic.*, p. 63, n° 19; — *Les Instit. du droit consulaire*, par Jean TOUBEAU, imprimé à Bourges, 1700.

forme au-dessous de laquelle les actes de commerce des mineurs seraient nuls.

Pour exercer le commerce, le fils de famille n'avait pas besoin de l'autorisation expresse de ses parents, ni de leur renonciation à la *patria potestas* ; le fils de famille peut librement employer son activité même quand il cohabite avec son père et aucune protestation ni opposition de celui-ci ne peut diminuer sa capacité. Dans très peu de textes, il est dit, par exception, que le fils devient capable quand il exerce le commerce à la connaissance des parents et sans opposition de leur part (1).

Par l'effet de l'industrie commerciale, la *patria potestas* se dissolvait ; celui qui exerce cette industrie acquiert la capacité de s'obliger et d'estimer en justice non seulement pour les actes commerciaux, mais même pour les actes dont la cause serait civile (2).

D'autre part, tous les statuts appellent le père à répondre pour les obligations commerciales du fils pendant la durée de la puissance paternelle, à moins de prouver le dissentiment du père (3).

Le père, pour se dégager de cette responsabilité, avait trois moyens différents :

(1) BOLOGNE, *État de 1245*, p. 87 ; — LATTES, p. 83. *Il diritto commercial, nella legislazione statuaria delle città italiane.*

(2) LATTES, *loc. cit.*

(3) PAVIA, *Stat. Mercutor.*, n° 1295. D'où l'on conclut que le père a toujours le droit de révoquer les contrats commerciaux faits par le fils, en faisant restituer au vendeur la marchandise (à condition qu'elle ne soit pas détériorée) et en payant une amende pour la rescision.

1^o Émanciper expressément le fils (1) ;

2^o Faire une protestation publique dans les livres de la corporation, déclarant que le fils agit contre son consentement.

3^o Assigner au fils la part légitime du patrimoine domestique, la réservant aux créanciers afin que ceux-ci fassent valoir leurs droits sur cette partie distincte du patrimoine.

Les lois municipales de la plupart des cités donnent aux mineurs le droit et le pouvoir de commercer. Dans la République de Gênes, par un statut particulier, un enfant au-dessus de 16 ans peut faire commerce et s'obliger, pour fait de marchandise. Marquardus (*loc. cit. lib. 3 cap. 9*) dit que sur ce point, on ne peut même pas supposer que le fils de famille agit sans le consentement de son père. D'après la coutume de Bordeaux, un fils de famille négociant peut s'obliger sans le consentement de son père (2).

La coutume de Bourbonnais (3) contient un article 168 ainsi rédigé :

« Fils de famille et femme mariée exerçant marchandise publique, font et peuvent ester en jugement, tant en demandant qu'en défendant, pour *raison des*

(1) *Statuts de Florence de 1415* : Il y est prescrit que l'émancipation doit être enregistrée dans les livres qui se trouvent près des bureaux de commerce, dans un terme qui est fixé de diverses façons, suivant le lieu de résidence de l'émancipé.

(2) TOUBEAU, *Institutes de droit coutumier*, Bourges, p. 1900.

(3) *Coutumes générales et locales de Bourbonnais*, avec des notes, par M. DUCHER, avocat au Palais, 1781.

choses concernant les faits de marchandise, sans autorité de leur père et mari : et les dettes par eux faites, les maris en sont tenus, et le père pour lesdits enfants, s'ils *demeurent et exercent ladite marchandise*, en la maison dudit mari ou père, ou ailleurs sous et au nom dudit père et mari ». Et Ducher, avocat au Parlement, ajoute quelques explications à la rédaction de cet article.

Par fils de famille on entend, dit-il, l'enfant en minorité.

Les faits de marchandise : ceci comprend non seulement les achats et les ventes de marchandises, mais encore les lettres de change et les emprunts de deniers faits pour son commerce.

Gaspard Thomas de Thaumassière (1), dans ses *Décisions sur les Coutumes de Berry*, examine les questions suivantes à propos du mineur commerçant : il se demande si le fils de famille peut ester en jugement, s'il peut être restitué, si le mot de *marchandise* doit s'étendre à toute sorte de négociations.

En ce qui touche la première question : si le mineur peut ester en jugement, de Thaumassière dit qu'il peut le faire sans l'autorité du père. La coutume, pour faciliter le commerce, répute les enfants de famille, en ce qui touche le fait de marchandises, comme pères de famille (2). Étant réputés pères de famille et tenus

(1) *Décisions sur les Coutumes de Berry*, p. 45 et 46, 4667.

(2) *Décisions sur les Coutumes de Berry*, p. 45.

pour émancipés, ils peuvent agir et valablement s'obliger.

Examinant la question de la restitution, l'auteur cite les deux opinions adverses de Labbé et de Rageau. Labbé soutient qu'au cas où le mineur a été déçu et trompé pour fait de marchandises, il ne pourra pas être restitué car la coutume le répute majeur. C'est aussi l'opinion du commentateur de la coutume. Rageau était de l'avis contraire.

D'après les coutumes de Bourbonnais, de même que d'après celles de Berry, le père de famille est tenu des contrats du fils de famille marchand, si celui-ci exerce le commerce au logis du père, ou si, demeurant ailleurs, il l'exerce de son consentement. Dans le premier cas, il semble être son facteur et, dans le second, l'autorisation ou le consentement du père équivaut à un cautionnement.

Il paraît que d'après les statuts de Lucques et de Florence, le père qui permettait à son fils de négocier, était tenu de payer ses dettes. Toubeau (1), cite un arrêt du Parlement de Provence, du 31 juin 1633. Pierre Le Noir, âgé de 18 ans, fils de Deny, marchand à Marseille, s'était engagé à Alger (où il était établi), en achetant pour 200,000 livres de marchandises. Le père ne niait pas avoir reçu une partie des marchandises. Poursuivi en payement de la somme due, Pierre

(1) *Op. cit.*, p. 335.

Lenoir, s'adressa à André Guignonis, qui le tira d'affaires en payant pour lui. Mais Guignonis lui fit souscrire une obligation pour le montant des sommes par lui déboursées. Etant de retour à Marseille, faute de paiement, Guignonis intenta une action contre Le Noir père et fils, qui prit des lettres de rescision, et tous deux appelèrent du décret de saisie. L'affaire ayant été porté au Parlement, Guignonis prétendait avoir contre le père l'action *quod jussu* et l'action *de in rem verso* : l'action *quod jussu*, parce que c'était lui qui avait envoyé son fils à Alger pour y négocier; l'action *de in rem verso*, parce qu'il avait profité du négoce de son fils, en recevant ses marchandises. Il prétendait qu'à défaut de ces actions, il aurait l'action *mandati*, parce que le fils devait être considéré comme le mandataire ou le facteur de son père.

Le Noir père niait qu'il eût autorisé son fils à s'établir à Alger et à y faire le commerce; il niait aussi que son fils eût été son facteur; et il soutenait qu'il n'avait jamais profité du négoce de celui-ci. Malgré tous ces arguments le Parlement de Provence, par arrêt du dernier juin 1633, déclara le père responsable.

Quant à l'étendue des négociations auxquelles on appliquait les règles énoncées plus haut, de Thaumassière suivant l'opinion de Labbé et Rageau, étend ce mot de marchandise à toutes sortes de négociations que l'on exerce pour en tirer gain et profit et ne le limite pas

aux meubles dont le fils pouvait trafiquer publiquement.

Valin, dans son commentaire de la coutume de la Rochelle (1), dit que le mineur commerçant ou ayant un métier, n'est pas restituable contre les actes concernant son commerce ou son métier. Ainsi, tous les engagements qu'il contracte relatifs à son commerce ou à son métier, sont valables sans espérance de restitution pour cause de lésion. L'article 6 de l'Ordonnance de 1673 posait le principe que le mineur est réputé *majeur* par les actes relatifs à son commerce.

« Tous les négociants, marchands en gros et en détail, comme aussi les banquiers seront réputés *majeurs*, pour le fait de leur commerce et banque, sans qu'ils puissent être restitués sous prétexte de minorité ».

Pour ce qui est de l'âge auquel les marchands et négociants sont réputés majeurs, Bornier sous l'article 6, titre I de l'Ordonnance de 1673, dit que c'est dès le moment qu'ils entrent dans la vingt-unième année de leur âge, dans les villes où il y a maîtrise et dans celles où il n'y en a point, dès le moment qu'ils font le commerce pour leur compte particulier.

Même dans les villes où il n'y avait pas de maîtrise pour les professions qui n'étaient pas constituées en corps de marchands, aucune condition d'âge n'était

(1) VALIN, p. 611. *Comment.*, année 1761.

exigée du mineur. Il en était ainsi par exemple des professions de banquier, armateur, manufacturier. D'après la législation des Ordonnances, le mineur qui exerçait le commerce était émancipé, « de sorte qu'un fils de famille mineur peut valablement s'obliger, pour le fait de sa marchandise et du commerce, sans le consentement de son père ». Le mineur commerçant ne pouvait pas se faire restituer contre les engagements pris par lui, pour les affaires commerciales (1).

Voici comment s'exprime un avocat au Parlement de Paris, M*** (2) dans une brochure publiée à Paris en 1714, intitulée : *Traité des Minorités, des Tutelles et des Curatelles*, à la page 283. Rubrique : cas où les mineurs sont réputés majeurs au-dessous de 25 ans.

« Un marchand ou négociant connu pour tel, et faisant publiquement son négoce, soit qu'il soit maître, soit qu'il s'imisce ouvertement et fréquemment dans ce négoce sans avoir obtenu des lettres de maîtrise, est réputé majeur avant l'âge de 25 ans pour les choses qui concernent le même négoce ».

Et à la page 286 du même ouvrage : Les mineurs qui s'immiscent dans le commerce d'argent, notamment les financiers ou traitants, sont réputés majeurs pour le fait de ce commerce, comme les banquiers et les marchands ou négociants et les artisans.

(1) FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. II, p. 247 et 251.

(2) Ouvrage trouvé à la bibliothèque de la Faculté ; il ne contient pas l'indication du nom.

En 1791, les jurandes et maîtrises furent supprimées et aucune entrave n'exista plus à l'exercice du commerce. Il en résulta, dit Bedarride (1) « qu'un grand nombre de mineurs de moins de 16 ans, commercialement atteints, virent leur fortune dissipée et leur personne compromise ».

Sous le droit intermédiaire, le mineur commerçant était en effet complètement dépourvu de protection. On accordait trop de prix à cette idée que la sûreté du commerce exige que « toutes personnes qui agissent dans le public, qui achètent, vendent et traitent d'affaires, sont censées capables de bien gouverner, autrement personne ne voudrait avoir affaire avec des marchands, négociants et banquiers qui seraient mineurs (2) ». Par conséquent, sous le droit intermédiaire, la situation du mineur commerçant était pareille au mineur de l'ancien droit qui exerçait le commerce dans les villes où il n'y avait pas de maîtrise ; les jurandes et maîtrises étant supprimées par la Révolution, le mineur qui se livrait au commerce était *ipso facto* capable. Il ne devait obtenir aucune autorisation préalable, aucune condition d'âge ni de formalités n'était exigée.

La question de la situation commerciale du mineur s'imposait donc à l'examen des auteurs des Codes. Le Code civil parle dans deux articles du mineur commerçant.

(1) BEDARRIDE, *Des Commerçants*, n° 69.

(2) FERRIÈRE, *loc. cit.*

L'article 487 C. civ. déclare que le mineur qui fait le commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à commerce ; et l'art. 1308 dit « que le mineur commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son âge ». Mais le Code civil (article 487) subordonne la capacité du mineur commerçant à une condition. Il faut que le mineur soit émancipé pour qu'il puisse valablement s'adonner au commerce.

Lors de la rédaction du Code de commerce, on se demanda si cet état de choses devait subsister.

Au Conseil d'État la question fut discutée dans la séance du 4 novembre 1806.

C'est l'article 3 du projet qui contenait les dispositions qui sont devenues l'article 2 du C. de com.

Jaubert soutient que la disposition qui fixe à 18 ans l'âge où le mineur pourra faire le commerce n'est pas sans danger.

Sous la législation où la majorité était fixée à 20 ans, si on eût proposé de l'abréger de quelques années, quant à la majorité de commerce, ce système aurait pu être défendu avec avantage, d'autant qu'alors il fallait avoir été formé par un apprentissage. Mais aujourd'hui que la majorité est acquise à 21 ans, pourquoi ne pas l'attendre ? Pourquoi livrer un jeune homme à lui-même, dès l'âge de 18 ans, pour les affaires les plus hasardeuses (1) ?

(1) LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XVII, p. 124.

Jaubert n'admet qu'une seule exeption qu'il estime juste et nécessaire. L'âge ne devra pas empêcher un fils de succéder au commerce de son père.

Regnaud de Saint-Jean-d'Angély explique les motifs de la section. Elle a voulu être plus sévère que l'ancien droit. L'ordonnance de 1673 n'avait pas fixé l'âge où il serait permis de faire le commerce, et de là il est résulté que les mineurs, dès l'âge de 16 ans, ont subi quelquefois des condamnations dans la qualité de commerçant. Cet abus, la section s'est efforcée de le prévenir, d'abord en ne souffrant pas que le mineur fasse le commerce avant l'âge de 18 ans, ensuite en le soumettant à prendre l'autorisation de sa famille, afin que si malgré son âge elle ne le trouve pas assez formé, elle puisse l'empêcher de se jeter dans des opérations qui consommeraient sa ruine.

On objecta qu'il sera toujours très difficile à une famille de discerner exactement jusqu'à quel point un mineur est capable de spéculations dans lesquelles il ne s'est pas encore essayé.

Béranger répondit que l'autorisation d'une famille attentive à prévenir la ruine du mineur sera toujours une garantie plus sûre que deux années d'incapacité de plus.

Berlier observa qu'il ne peut être question de retirer indéfiniment aux mineurs la faculté de faire le commerce ; le C. civ. l'établit (art. 487 et 4308), et il ne s'agit que de la régler sagement. Berlier exa-

mine les deux systèmes proposés. Celui de la capacité à 18 ans, après autorisation de la famille, et celui de la capacité à 20 ans, sans autorisation de famille.

Il admet le premier système. La nécessité de l'autorisation de la famille est, pour lui, une barrière juste et raisonnable. L'autorisation ne sera pas légèrement accordée ; la majorité, rapprochée comme elle l'est aujourd'hui, rendra bien rares les établissements antérieurs et il faudra que l'avantage du mineur réclame bien fortement l'émancipation pour qu'elle ait lieu.

On discuta, dans la même séance, si l'émancipation exigée devait être une émancipation générale dans les formes déterminées par le C. civ., ou si l'autorisation accordée par la famille vaudra l'émancipation. C'est la première opinion qui fut admise. Après les explication de l'archichancelier, on adopta l'article 3, qui correspond exactement dans ses termes à l'article 2 du C. de comm.

CHAPITRE II

CONDITIONS D'HABILITATION DU MINEUR AU COMMERCE

L'article 2 du Code de commerce est ainsi conçu :

« Tout mineur émancipé de l'un ou de l'autre sexe, âgé de 18 ans accomplis, qui voudra profiter de la faculté que lui accorde l'article 487 C. civ. de faire le commerce, ne pourra en commencer les opérations, ni être réputé majeur quant aux engagements par lui contractés pour faits de commerce : 1° S'il n'a été préalablement autorisé par son père, ou par sa mère, en cas de décès, interdiction ou absence du père, ou, à défaut du père ou de la mère, par une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal civil ; 2° si, en outre, l'acte d'autorisation n'a été enregistré et affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile ».

Ainsi, les conditions spéciales que le mineur doit remplir pour être commerçant sont au nombre de quatre :

1° L'émancipation générale ; 2° l'accomplissement de l'âge de 18 ans ; 3° l'autorisation de la famille ; 4° la publicité de cette autorisation.

§ 1^{er}. — Émancipation.

Il faut que le mineur soit émancipé dans la forme et de la manière déterminées par les articles 477 et suivants du Code civil. L'émancipation est un acte juridique par lequel le mineur est affranchi, soit de la puissance paternelle ou de l'autorité tutélaire, soit de l'une ou de l'autre, lorsqu'il s'y trouvait simultanément soumis (1). L'effet de cet acte juridique sera : 1^o d'accorder à l'émancipé le gouvernement de sa personne ; 2^o la jouissance et l'administration de ses biens avec une capacité limitée (2). Il fallait bien exiger cette première condition, car le mineur qui n'est pas émancipé est incapable de faire même les simples actes d'administration : il ne peut donc être capable de faire les actes de commerce qui exigent une capacité plus étendue (3).

L'émancipation résultant du mariage suffirait très bien (art. 476 C. civ.) (4).

Si le mineur émancipé par le mariage vient à perdre son conjoint avant la majorité, l'effet de l'émancipation subsiste (5).

On comprend très bien qu'on ait posé cette condi-

(1) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e édit., t. I, p. 831, § 129.

(2) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, p. 883, n. 2784.

(3) BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 57.

(4) THALLER, *Traité élémentaire*, p. 97 ; — BOISTEL, *Précis de droit commercial*, p. 58, 3^e édit.

(5) BESLAY, *Commentaire théorique, pratique et critique du Code de commerce*, t. I, p. 251, n^o 208.

tion de l'émancipation au mineur commerçant. C'est bien le moins, dit M. Thaller (1), s'il entend faire le commerce, que le régime de la tutelle ait cessé pour lui ».

§ II. — L'Age.

L'article 2 exige que le mineur soit âgé *de 18 ans révolus*. Cette condition d'âge est une sorte de garantie que le mineur a un degré suffisant d'intelligence, une certaine maturité de raison, qui lui sera nécessaire pour aborder les affaires commerciales, dont les conséquences peuvent être assez graves, car elles peuvent aboutir à la faillite et à des condamnations afflictives.

Cette condition ne se confond pas avec la première, car le mineur peut être émancipé à 15 ans par ses père et mère (C. civ., art. 477); et la femme peut être émancipée au même âge par le mariage. Or, comment un mineur de 15 ou de 16 ans pourrait-il, sans témérité, se livrer à des opérations aussi difficiles, aussi compliquées, aussi hasardeuses que le sont les opérations commerciales ?

La loi exige l'âge de 18 ans accomplis. L'autorisation qui lui serait accordée avant cet âge serait nulle et ne vaudrait pas même après qu'il aurait été atteint. Ayant été *nulle ab initio*, elle ne peut pas commencer plus tard à produire son effet (2).

(1) THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 97.

(2) BOISTEL, *op. cit.*, p. 58.

§ III. — L'autorisation expresse de faire le commerce.

Pour être sûr que le mineur, individuellement, est apte à faire le commerce, on exige cette troisième condition.

Nous allons examiner successivement les questions suivantes : de quelles personnes émanent l'autorisation ; dans quelle forme doit-elle être donnée ; quelle publicité la loi impose-telle ; quels sont les effets de l'autorisation, et, enfin, si elle peut être révoquée.

A. *De quelles personnes doit-elle émaner?* — L'autorisation doit émaner des personnes les mieux placées pour apprécier la capacité du mineur, qui ont le plus d'affection pour lui et sont moins exposées à se tromper dans leur appréciation délicate et toujours difficile.

Cette autorisation et l'émancipation qui doit la précéder, ont entre elle une étroite corrélation. Il est rationnel que les personnes appelées à autoriser un mineur à faire le commerce soient celles qui ont le droit de l'émanciper (1).

Les articles 477 et 478 du C. civ. désignent les personnes qui accordent l'émancipation. Mais l'article 2 du C. de comm. les désigne avec plus de netteté. Il dit que le mineur qui voudra profiter de la faculté que lui accorde l'article 487 C. civ. de faire le commerce

(1) DALLOZ, *Suppl. au Répert. de législation, de doctrine et de jurisprudence*, p. 661.

ne pourra en commencer les opérations ni être réputé majeur quant aux engagements contractés par lui pour faits de commerce « s'il n'a été préalablement autorisé par son père, ou par sa mère, en cas de décès, d'absence ou d'interdiction du père ». Si les père et mère sont morts ou ont encouru la déchéance de la puissance paternelle (L. du 24 juill. 1889, article 14), l'autorisation émanera du conseil de famille, avec homologation du tribunal civil.

De l'article 2 du C. de comm. il résulte que le pouvoir d'autoriser le mineur à faire le commerce, passe à la mère, si le père est interdit ou absent, aussi bien que s'il est décédé. En matière d'habilitation commerciale, la mère est substituée au père dès que l'absence ou l'interdiction de celui-ci rendent impossible la manifestation de sa volonté.

Il faudrait décider la même chose en matière d'émancipation. Mais la question est controversée. Il y a plusieurs systèmes sur l'interprétation des articles 477 et 478 du C. civ. Dans un système on a soutenu que l'article 2 du C. civ. qui substitue la mère au père, non seulement quand le père n'existe plus, mais encore quand de son vivant il est *absent* ou *interdit*, doit être limité à l'habilitation commerciale du mineur ; quant à l'article 477 du C. civ. il ne transporte à la mère le droit d'émancipation qu'à *défaut du père*, c'est-à-dire au cas seulement où le père est décédé.

Il en résulterait que l'émancipation et l'autorisation de faire le commerce pourraient ne pas émaner de la même personne. L'enfant de l'absent ou de l'interdit peut, à l'âge de 18 ans, être autorisé par sa mère à faire le commerce, mais à la condition qu'il ait été préalablement émancipé par le conseil de famille.

Mais, il paraît hors de doute que la loi civile et la loi commerciale se sont inspirées de la même pensée.

Le père ou la mère dispensés, exclus ou destitués de la tutelle, ou la mère remariée, à qui la tutelle n'a pas été conservée, gardent, suivant l'opinion générale (PLANOL, *op cit.*, p. 884, n° 2789 *in fine*), le droit d'émanciper leur enfant. On se demande s'ils peuvent aussi lui donner l'autorisation de faire le commerce.

M. Molinier (1) se prononce pour la négative : les père et mère, dit-il, pourraient bien *dissoudre*, par l'émancipation, les *liens encore existants de la puissance paternelle* ; mais ils ne sauraient conférer au mineur, dont ils n'administrent plus les biens, la capacité de faire le commerce, qui nécessite celle de s'engager et d'aliéner. Le conseil de famille serait appelé à donner l'autorisation.

M. Alauzet (2) trouve cette opinion inadmissible. L'émancipation, dit-il, n'a pas pour effet de dissoudre les liens de la puissance paternelle, qui restent intacts

(1) MOLINIER, t. n° 145.

(2) ALAUZET, *Comment. du Code de commerce et de la législation commerciale*, t. I, p. 27, n. 26.

après cet acte ; elle n'a pour but que d'étendre la capacité du mineur, quant aux biens ; l'autorisation de faire le commerce n'est qu'un pas de plus, quelle qu'en soit la portée, dans la même voie ; et la loi n'a pas dit que le père non tuteur ne pourrait le faire. — Nous ajoutons qu'en vertu de l'article 2 du C. de com. le conseil de famille n'intervient qu'à défaut du père et de la mère. Par conséquent c'est l'opinion de M. Alauzet que nous allons adopter (1).

Qu'est-ce qu'il faut entendre par père *absent*. La question est discutée par les auteurs. D'après les uns, une simple présomption d'absence ne donne pas à la mère le droit d'autoriser un enfant à faire le commerce : les mots en cas d'*absence* de l'article 2 C. civ. devraient être interprétés restrictivement. Il faudrait donc l'absence déclarée.

Il faut remarquer que la puissance paternelle, même durant le mariage, passe à la mère, toutes les fois que le père ne peut l'exercer lui-même. Cette règle est appliquée par l'article 141 C. civ. à l'éducation de l'enfant mineur et à l'administration de ses biens. Elle reçoit son application dans l'article 2 C. com., aussi c'est l'opinion de la majorité des auteurs (PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, t. I, n° 57 ; BÉDARRIDE, *Commerçant*, n° 88 ; MOLINIER, *op. cit.*, t. 1, n° 46 ; NOUGUIER, *Traité des actes de commerce et des*

(1) Opinion adoptée par PARIS, n° 265 et NOUGUIER, n° 510 et par BOISTEL, *op. cit.*, p. 59.

commerçants, 2^e édit., t. 1 n° 509). Nous admettons, avec M. Boistel (1), que la mère donnera l'autorisation même en cas de simple éloignement du père, pourvu qu'il doive être assez prolongé pour qu'on ne puisse attendre le retour sans inconvénients.

Néanmoins, les auteurs admettent un tempérament, au cas où l'absence est simplement présumée. De l'article 863 du C. de pr. civ., où sont réglées les formes à observer par la femme de l'absent présumé ou déclaré « qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits » combiné avec l'art. 141, on conclut que tant que l'absence du père n'a pas été déclarée, la mère ne peut user de son droit d'habitation commerciale qu'en se faisant elle-même autoriser par le tribunal.

Nous répondons avec M. Dalloz (2), que l'article 863 C. pr. civ. ne s'occupe que de l'autorisation judiciaire relative aux droits dont l'exercice est subordonné à l'autorisation maritale et non à ceux que la femme exerce dans ses rapports avec ses enfants, en sa qualité de mère, et comme substituée au père par suite de l'impossibilité d'agir qui frappe celui-ci.

Les règles des articles 861, 864 C. pr. civ. ont été écrites pour protéger les intérêts matériels de la femme, la poursuite de ses droits en justice.

A défaut du père et de la mère, c'est le conseil de famille qui donne l'autorisation ; la délibération qu'il

(1) BOISTEL, *op. cit.*, p. 58, *in fine*.

(2) DALLOZ, *Suppl. au Rép.*, p. 662, n. 52 au mot *commerçant*.

prendra doit être homologuée par le tribunal civil (art. 2 C. civ.)

On pourrait hésiter entre le tribunal civil et le tribunal de commerce. On aurait pu croire que puisqu'il s'agit d'une autorisation pour faire le commerce, les juges de commerce seraient plus compétents que les juges civils, mieux placés pour apprécier le mérite et l'opportunité de cette autorisation et que, par conséquent, ça serait au tribunal de commerce et non au tribunal civil à homologuer la délibération du conseil de famille. Mais il y aurait eu là quelque chose d'incohérent ; en effet, le mineur qui demande à être autorisé à faire le commerce n'est pas encore commerçant, et d'autre part il s'agit en quelque sorte d'une espèce de question d'état. Or, les questions d'état sont toutes et toujours de la compétence des tribunaux civils (1).

Il faut tenir compte, non seulement de l'opportunité de faire le commerce, mais surtout de l'ensemble de la position sociale du mineur, et pour cela le tribunal civil présente plus de garanties (2).

B. *L'autorisation peut être donnée en vue d'une association du mineur avec son père.* — C'est là une question très controversée, nous allons l'examiner et la trancher avec une partie de la doctrine (3), dans le sens de l'affirmative. Le père ou la mère peuvent-ils

(1) BRAVARD-VEYRIÈRES, *op. cit.*, t. I, p. 77.

(2) M. BOISTEL, *Précis de droit commercial*, 3^e édit. p. 59.

(3) Notamment : THALLER, *op. cit.*, p. 98 et BOISTEL, *op. cit.*, p. 60, n. 80 ; — MASSÉ, *op. cit.* ; — LYON-CAEN et RENAUT, *op. cit.*, p. 243, n° 230 bis.

autoriser l'enfant à faire un commerce dans lequel ils sont personnellement intéressés ? Il est très souvent d'une importance capitale que l'enfant mineur, arrivé à l'âge de 18 ans, puisse concourir comme associé à l'exploitation d'un établissement commercial ou industriel créé déjà par le père ou la mère. En ce cas, de qui doit émaner l'autorisation. Le père ou la mère peuvent-ils la donner ? A défaut du père, ce droit passera-t-il à la mère ou au conseil de famille ? Enfin, à supposer que l'autorisation donnée dans ces conditions est nulle, quelle sera la nature de cette nullité et quels en seront les effets ?

On a invoqué pour la négative (1) plusieurs arguments.

On commence par envisager quelle a été l'intention de la loi. On dit que la loi, en imposant au mineur la nécessité de l'autorisation spéciale de sa famille, a eu pour but de le prémunir contre les conséquences fâcheuses d'un commerce inconsidérément compris et que le but de la loi serait méconnu si le protecteur naturel et légal du mineur, oubliant les intérêts à la garde desquels il est préposé, se servirait, dans son intérêt personnel, du droit que la loi lui confère. On ajoute que la forme de l'autorisation ne peut l'emporter sur

(1) MOLINIER, *Droit commercial*, n° 153 ; — PARIS, *Comment. du Code de commerce*, n°s 266 et 303 *ter* ; — NOUGUIER, *Traité des actes de commerce et des commerçants*, 3^e édit., t. I, n° 345 ; — ALAUZET, *Comment. du C. comm.*, 3^e édit., t. II, n° 385.

le fond et que le mineur, qui ne peut être commerçant que sous certaines conditions, ne l'est pas si ces conditions ont été éludées par une fraude coupable.

On invoque aussi la maxime : *nemo auctor esse potest in rem suam*.

La Cour de *Douai*, dans un arrêt du 21 juin 1827 (3, 28, 2, 280), considère « que l'autorisation de faire le commerce n'étant exigée que dans l'intérêt du mineur, ne peut légalement émaner d'une personne intéressée et de la partie même qui traite avec lui ; qu'il est de principe en droit que nul ne peut être auteur dans sa propre cause, etc. ».

Deux autres arrêts rendus par la Cour de Paris (*Journal du Palais*, 1858, 2, 55, 56) et par la Cour de Douai (*Journal du Palais*, 1870, 2, 87) ont jugé que l'autorisation donnée au mineur par la mère survivante, est nulle et de nul effet lorsque celle-ci l'a accordée à son enfant uniquement pour l'habilitier à contracter avec elle une société commerciale, surtout quand il est établi en fait que la société a été formée contrairement à l'intérêt de l'enfant. La Cour de Paris, dans son arrêt (SIREY, 1858, 2, 74), décide que l'autorisation de faire le commerce que peuvent accorder les père et mère à leurs enfants mineurs émancipés, n'est valable qu'autant qu'elle a lieu dans l'intérêt seul des enfants. Par suite, est nulle et sans effet, l'autorisation qu'une mère a donnée à son enfant pour contracter avec elle une société commerciale (Article 2 du C. de com.).

La Cour dit dans ses considérants : que le père ou la mère des mineurs émancipés, stipulant seuls dans l'autorisation qu'ils leur donnent, ils ne peuvent en faire dériver des conséquences auxquelles ils seraient personnellement intéressés, et, par leur seule volonté, changer les rapports d'intérêts tels qu'ils sont réglés par la loi entre eux et leurs enfants mineurs.

Autrement, ajoute la Cour, il dépendrait du père ou de la mère de rendre illusoires les précautions de la loi pour sauvegarder la fortune des mineurs et de l'engager dans des entreprises hasardeuses ou dans les périls d'une situation déjà compromise.

Si le père ne peut pas accorder cette autorisation, qui aura ce droit ? Est-ce la mère ou le conseil de famille. La Cour de Douai, dans son arrêt de 1827, décide que ce sera le conseil de famille. On a pensé que la mère ne pourrait pas accorder ou refuser cette autorisation en toute liberté, à cause de la dépendance dans laquelle elle se trouve à l'égard de son mari.

Un auteur (1) déclare qu'il n'y a aucun moyen de suppléer à l'incapacité et par conséquent il prohibe toute association entre le père et son enfant mineur. « La loi dit dans quelles circonstances le conseil de famille doit intervenir, et celle-ci n'est nullement prévue. L'autorisation pourrait encore moins être accordée par la mère, et l'article 2 le place cependant avant le conseil de famille. Le mineur a dû être privé avec raison

(1) ALAUZET, *Loc. cit.*, 3^e édit., t. II, n° 383.

des droits assez importants pour qu'il n'y ait rien d'exorbitant à lui défendre d'une manière absolue de s'associer avec son père ».

Cette doctrine est inadmissible. Il est hors de doute que nul ne peut être auteur dans sa propre cause. Mais cette règle s'applique-t-elle en matière d'autorisation ?

Nous laissons de côté les circonstances de fait qui sont intervenues dans les arrêts précités. Ainsi la Cour de Douai, dans l'arrêt du 16 août 1869 (D. 1870, 2, 88), constate une véritable fraude de la part d'une mère commerçante qui n'avait autorisé sa fille mineure à faire le commerce et ne se l'était associée que pour lui faire contracter une obligation solidaire.

Quelle est la nature de cette autorisation ? Dans l'intérêt de qui est elle instituée ?

Le père n'est pas présumé avoir un intérêt différent de celui du mineur et si la loi lui donne le droit d'autorisation, c'est que, investi de la puissance paternelle, on a compris qu'on ne pouvait pas, sans violer le respect que cette puissance commande, soustraire le mineur à ses effets.

L'affection naturelle que le père porte à son enfant est une garantie contre toute légèreté. L'autorisation intervient dans l'intérêt du mineur. Par elle, il acquiert la capacité de faire le commerce sans aucune condition et sans nulle restriction. Le mineur autorisé devient un véritable majeur pour tous les actes relatifs à son

commerce. L'autorisation est fournie une seule fois et forme en quelque sorte une seconde émancipation superposée à la première. L'autorisation, c'est l'*octroi d'un brevet de capacité*, ce n'est pas une approbation donnée à des opérations dont l'autorisant surveillerait successivement l'utilité (1). Rien n'empêche un fils majeur de traiter régulièrement avec son père ; un fils mineur autorisé par les personnes ayant le droit de le faire, est capable de conclure tout acte juridique du moment qu'il est relatif à son commerce.

« Il y a, dit M. Massé (2), dans le père qui, sans fraude, autorise le mineur à faire le commerce, deux personnes distinctes : au père qui, en autorisant son fils, a abdiqué une partie de son pouvoir paternel, succède l'individu capable de s'obliger avec tous ceux qui sont également capables, et qui, en autorisant son fils, n'a pas entendu abdiquer cette capacité.

L'autorisation de faire le commerce donne au mineur le droit de contracter une société commerciale. Quelque soit son intelligence et sa capacité personnelle, il importe bien souvent pour le mineur de profiter de l'expérience de gens qui font depuis longtemps de la pratique commerciale, et pourquoi ne pourrait-il pas faire appel à son père ?

« L'affection du père n'est-elle pas exclusive de toute idée de fraude, dans la gestion, qu'un associé

(1) THALLER, *op. cit.*, p. 98, n° 151.

(2) MASSÉ, *op. cit.*, t. II, n° 1048.

pourrait être tenté de diriger dans son intérêt exclusif ? Il semble donc que pour consacrer une prohibition de cette nature, il faudrait la rencontrer formellement écrite dans la loi » (1).

La loi, au contraire, a confiance dans le père, car au fond toutes les autorisations données par le père peuvent présenter des dangers. Ainsi il pourrait n'autoriser son fils à faire le commerce que pour lui placer des marchandises dont il ne pourrait pas se défaire : et dans ce cas on ne pourrait pas soutenir que l'autorisation est nulle (2).

Enfin, ce qui paraît décisif, c'est la discussion que l'art. 2 a subi au Conseil d'État, lors de la rédaction du C. de comm.. La faculté pour le mineur d'exercer le commerce fut contestée en principe. On objecta qu'il pouvait exister un intérêt légitime pour le mineur d'exercer le commerce. Entre autres exemples de cet intérêt, on cite le cas où le mineur devient l'associé ou l'héritier de son père (3).

L'association entre le père et son fils a donc été prévue, et on a permis au mineur de devenir commerçant, justement pour favoriser la conclusion d'un tel acte. Aussi, nous admettons qu'en principe le père ou la mère peuvent autoriser conformément à l'article 2 du C. de comm., leur fils mineur avec lequel ils vont

(1) *Comment. du C. comm.*, par J. BÉDARRIDE, t. I, p. 105, n° 90.

(2) BOISTEL, *Op. cit.*, p. 60, n° 80.

(3) LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XVII, p. 127. (Discours de M. JAVET, Maître des requêtes).

former une société commerciale. Le père ou la mère peuvent être intéressés à la conclusion de cette société, l'autorisation n'en serait pas moins valable. A l'égard des tiers surtout, la nullité d'une telle autorisation ne saurait jamais être opposée. En effet, il se peut que le mineur autorisé à faire le commerce établisse que l'autorisation lui a été donnée dans un intérêt contraire au sien, qu'il y a faute, délit civil, de la part de son père ou de sa mère, qu'il n'a été autorisé par son père que pour sa ruine : dans tous ces cas il y a lieu à l'application de l'article 1382. Les tribunaux pourraient annuler l'autorisation, mais cette nullité ne sera pas opposable aux tiers. Les tiers ne peuvent pas souffrir du vice de l'autorisation donnée mal à propos au mineur.

En effet, l'article 2 du Code de commerce ne spécifie aucune condition de validité de l'autorisation. La loi, quand elle se défie des protecteurs du mineur, écarte ou contrôle leur intervention par une disposition formelle. Ainsi, dans l'article 450 du C. civ., elle prohibe l'achat des biens du mineur par son tuteur et dans l'article 451 ; elle établit une déchéance contre le tuteur qui, créancier de son pupille, n'a pas déclaré sa situation au moment de l'inventaire.

Pourrait-on exiger que les tiers soient obligés de rechercher le caractère de l'autorisation non seulement en la forme, mais au fond ? Les tiers sont contraints de vérifier, quant à la forme, la régularité des titres

qui l'établissent, mais les contraindre à rechercher si l'autorisation est opportune et sage au fond, si elle est désintéressée ou s'il y a connivence complaisante de l'autorisant, c'est rendre absolument impossible aux mineurs l'exercice du commerce. Loin de rendre service à la cause des mineurs, on arriverait à un résultat désastreux pour les mineurs eux-mêmes ; car ce serait anéantir le crédit qui leur est nécessaire.

« L'autorisation intéressée peut donc être critiquée par celui auquel elle a été indûment accordée, dans ses rapports avec celui qui la lui a mal à propos accordée ; mais cette autorisation, quelque suspecte que la fasse l'intérêt de l'autorisant, demeure bonne et valable à l'égard des tiers ; et le mineur, habilité par l'un de ses auteurs, quelque intéressé que soit celui-ci dans les actes auxquels se livre le mineur, nous paraît parfaitement apte, à l'égard des tiers, à être commerçant ou à faire simplement quelques actes de commerce (1).

C. *Forme de l'autorisation.* — La loi ne prévoit aucune forme, mais l'autorisation devant être publiée et affichée (comme nous l'allons voir), on a conclu qu'elle est délivrée par écrit.

Si elle émane du conseil de famille, l'autorisation sera suffisamment établie par la délibération qui l'accorde, et le procès-verbal de cette délibération en

(1) BESLAY, *Op. cit.*, p. 277, n° 231 ; — Même sens : BOISTEL, 3^e éd., p. 60 ; — *Contra* : LYON-CAEN et RENAULT, t. I, p. 243, n° 230 *bis*.

fera preuve. En ce cas, elle a nécessairement la forme *authentique*, car la délibération du conseil a lieu sous la présidence du juge de paix et est soumise à *l'homologation* du Tribunal civil, en vertu de l'article 2 du C. de comm.

Si elle émane du père ou de la mère, elle pourra être dressée dans la forme d'un acte *notarié*, ou même dans un acte reçu par le juge de paix, qui est seul compétent pour recevoir la déclaration d'émancipation (1). Elle est souvent donnée dans l'acte même d'émancipation. Certains auteurs pensent que l'autorisation pourrait résulter d'une déclaration au greffe du Tribunal de commerce (2).

Elle pourrait même être valablement donnée par acte sous seing privé. En effet, l'acte sous seing privé va acquérir date certaine par l'enregistrement au greffe du tribunal. Quant à l'inconvénient qui résulte de ce que

(1) BÉDARRIDE, n° 87; — BOISTEL, *Op. cit.*, p. 59.

(2) M. BIOCHE, dans son *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, t. V, V° *Mineur*, p. 76, propose cette formule d'acte d'autorisation :

« L'an... , le....., par devant nous....., juge de paix du canton de....., est comparu à l'hôtel de la justice de paix, sis à....., M....., lequel a déclaré qu'il entendait autoriser M....., son fils, âgé de 18 ans, ainsi qu'il résulte de son acte de naissance en date du....., émancipé suivant déclaration faite par lui..... devant nous....., ainsi qu'il résulte d'un procès-verbal en date du....., à faire le commerce. Lesquels acte de naissance et procès-verbal d'émancipation nous avons lus et à l'instant rendus; pour faire publier ces présentes partout où besoin sera, tout pouvoir est donné au porteur de leur expédition..... Et de tout ce que dessus nous avons fait et rédigé le présent procès-verbal que le sieur..... a signé avec nous après lecture faite.

« Fait et passé à....., le..... ».

l'écriture peut être niée, on y remédie en exigeant la légalisation de l'écriture (1).

La forme notariée serait manifestement indispensable, si la personne de laquelle émane l'autorisation ne savait pas ou ne pouvait pas signer (2).

Quelques législations étrangères exigent que l'autorisation soit donnée par acte authentique. La loi belge du 15 décembre 1872 (art. 4 *in fine*), veut que l'autorisation du père ou de la mère soit accordée par une déclaration faite devant le juge de paix ou devant un notaire, ou devant le greffier du Tribunal de commerce. Le juge de paix ou le notaire est tenu d'en remettre expédition dans le mois de sa date au greffe du Tribunal de commerce. C'est là une disposition nouvelle ajoutée par la loi du 15 décembre 1872. L'ancien article du C. civ. belge 1808, était rédigé dans les mêmes termes que l'article 2 du Code de commerce français.

Le Code de commerce italien (promulgué le 31 oct. 1882) dans son article 3 exige que l'autorisation soit consentie par le père devant le *préteur* (dont les fonctions sont analogues à celles des juges de paix de France).

Ainsi, le Code de commerce français se contente d'une autorisation simplement *écrite*, sans exiger qu'elle soit authentique.

(1) En ce sens : LYON-CAEN et RENAULT ; — BOISTEL ; — MASSÉ, *op. cit.*, p. 219 ; — BRAVARD. *Op. cit.*, p. 77.

(2) ALAUZET, *Comment. du C. comm.*, t. I, n° 278, 3^e édit.

L'article 10 du Code de commerce roumain (mis en vigueur le 1^{er} octobre 1887; il est une traduction du Code de commerce italien), dans son article 10, exige une autorisation *écrite* du père ou de la mère en cas d'absence, de mort ou d'interdiction du père.

L'autorisation pourrait même être testamentaire. Mais il faut accorder à la mère survivante le droit de la révoquer. Il est naturel que le père puisse laisser en mourant, à son fils mineur, l'autorisation nécessaire pour que celui-ci continue sans interruption son commerce. Mais la mère, protectrice naturelle du mineur, doit avoir le droit de retirer les pouvoirs que l'enfant a reçu au cas où il en abuserait (1).

L'autorisation doit être *expresse*. Elle ne résulte jamais d'actes qui en feraient supposer l'existence et d'où on ne pourrait induire qu'une *habilitation tacite*.

En aucun cas l'autorisation ne peut être réputée donnée, soit tacitement, soit verbalement.

Ainsi il a été décidé par la Cour de Paris, dans un arrêt du 2 juin 1885, réformant un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 10 juin 1884, que le mineur qui, après son émancipation par sa mère, exploite un fonds de commerce, ne peut, à défaut d'acte exprès d'autorisation, être considéré comme ayant été émancipé en vue du commerce, alors même que le père en aurait fait la déclaration formelle dans

(1) BESLAY, *op. cit.*, p. 253.

le procès-verbal de la saisie (les marchandises de ce fonds ayant été revendiquées), et que le mineur aurait *acquiescé* à des jugements de condamnation prononcés contre lui à raison de son exploitation commerciale ; car les dispositions de loi relatives à la capacité des personnes sont dans l'ordre public.

§ IV. — Effets de l'autorisation.

L'autorisation ne produit des effets que dans l'avenir : elle doit précéder l'exercice du commerce, son obtention ne peut avoir d'effets pour le passé. Les termes de la loi sont à cet égard clairs et positifs : « S'il n'a été *préalablement* autorisé, dit l'art. 2 ». Tous les actes de commerce faits avant n'en seraient pas validés, et en ce qui les concerne, on ne pourrait réputer majeur le mineur émancipé qui les aurait souscrits.

L'autorisation peut être plus ou moins générale, elle pourrait être conçue en terme limitatifs et désigner le genre de commerce pour lequel le mineur est exclusivement habilité. En effet, l'article 3 C. de comm. permet de ne donner l'autorisation que pour un seul acte : à *fortiori* pourra-t-elle être donnée pour une certaine nature d'opérations. Les parents du mineur, en lui conférant la capacité commerciale, peuvent déterminer le genre de commerce qu'il pourra entreprendre et restreindre par conséquent les effets de l'autorisation à une catégorie spéciale d'actes de commerce.

On a pourtant donné des raisons très spécieuses contre les autorisations limitées. On dit notamment qu'elles sont dangereuses pour les tiers et le crédit général.

Les tiers sont informés par la loi qu'ils ont à distinguer quand ils traitent avec les mineurs entre les commerçants et les non-commerçants.

Mais, comment pourraient-ils traiter avec sûreté, si en outre de ces deux classes bien distinctes, les commerçants d'une part, les non commerçants d'autre part, venait se placer une classe mixte, ambiguë ? Les tiers, quand ils ont affaire à un mineur commerçant, doivent croire — dit-on, — qu'il est commerçant dans la plénitude de ce mot. On ajoute que le crédit général serait atteint, personne ne voudrait plus traiter avec les mineurs, si on ne pouvait pas être sûr que l'accomplissement des formalités exigées par la loi ne vous mettent à l'abri de toute restitution.

Comment devrait-on traiter ces autorisations restreintes ? Il n'y a que deux partis à prendre : ou bien la restriction est tenue pour nulle, ou bien l'autorisation elle-même sera considérée comme n'existant pas ; solution inacceptable dans les deux cas. Les tiers, sur le vu d'une autorisation limitée, auront traité avec le mineur autorisé dans les limites de l'autorisation : et alors on ne pourrait pas invalider les engagements pris par le mineur ; d'autre part, le but de la loi, qui est de protéger le mineur, serait loin d'être atteint si on ne tenait

pas compte de la restriction. Les parents ont pu avoir des raisons assez sérieuses pour la formuler.

On est donc forcé d'admettre l'efficacité de ces autorisations limitées et de respecter la volonté des parties (1).

§ V. — De la révocation de l'autorisation.

L'autorisation est-elle définitive ou peut-elle être révoquée ?

La question est controversée ; mais avant de traiter de la révocation expresse, envisageons l'hypothèse de la révocation indirecte de l'autorisation.

C'est par la combinaison des articles 484 et 485 du C. civ. avec l'article 2 du C. de comm. que l'on arrive à décider que le retrait de l'émancipation entraîne le retrait de la faculté de faire le commerce.

Ainsi, l'effet de l'autorisation cessera d'exister au cas où le bénéfice de l'émancipation serait retiré au mineur dont les engagements auront été réduits (art. 488). Il ne peut être question, en ce cas, que de la réduction des engagements civils, car les engagements commerciaux ne peuvent pas être réduits, le mineur étant réputé majeur pour les actes relatifs à son commerce (art. 2 C. de comm.) (2). Le mineur,

(1) En ce sens la plupart des auteurs, notons : LYON-CAEN et RENAULT, t. I, *op. cit.*, p. 233 ; — BOISTEL, *op. cit.*, p. 59 *in fine* ; — THALLER, *op. cit.* p. 98 ; MASSÉ, n° 1041 ; — BRAVARD, ALAUZET, BESLAY.

(2) Nous allons voir plus loin que les engagements commerciaux du mineur ne sont pas négligés par le juge quand il s'agit de la révocation de l'autorisation.

quoique commerçant, est en effet soumis au droit commun pour tous les actes étrangers à son commerce. Ces derniers actes sont donc sujets à rescision pour cause de lésion, à réduction pour cause d'excès.

Un auteur (1), n'admet même pas cette révocation indirecte. D'après lui, l'article 2 ne dit pas qu'un mineur ne pourra *demeurer* commerçant s'il cesse d'être en état d'émancipation ; il dit, qu'un mineur ne pourra *devenir* commerçant s'il n'a pas été émancipé. L'émancipation est nécessaire ; mais elle est nécessaire au début, elle ne l'est pas aux termes de l'article 2 du C. de comm. par la suite. Toutes les exigences de la loi se comprennent quand il s'agit d'inaugurer une entreprise, mais quand il s'agit de continuer une opération, de poursuivre une entreprise, d'achever ce qui est commencé, on conçoit que les exigences se modèrent.

D'après le même auteur, les dangers de la révocation indirecte sont les mêmes, plus graves peut-être que ceux de la révocation directe. La révocation indirecte, par le retrait de l'émancipation, peut troubler la sécurité des tiers, puisqu'elle peut être jetée à travers une opération commerciale dont elle bouleversera les résultats.

On invoque l'intérêt même du mineur. Les juges, dans le système de la révocation indirecte, ne seront pas libres de révoquer l'autorisation en retirant l'é-

(1) BESLAY, *op. cit.*, p. 266.

mancipation. La révocation est une conséquence du retrait; elle résulte *ipso facto*. M. Beslay imagine une hypothèse, qui ne nous paraît nullement réalisable en pratique. Ainsi, un mineur émancipé ferait le commerce avec succès, mais il emploierait mal les bénéfices qu'il en a retirés. Il y aurait en lui un commerçant avisé et un homme du monde prodigue; l'homme du monde dépense follement ce que le commerçant gagne prudemment. Dans ce cas, il faudra de deux choses l'une : ou bien sacrifier l'intérêt de la prospérité commerciale à l'intérêt de conservation des affaires civiles et prononcer le retrait, ou bien on laissera le mineur continuer ses dépenses exagérées dans ses affaires civiles pour ne pas éteindre une situation commerciale, source de bénéfices pour lui.

Avec la majeure partie de la doctrine, nous n'admettons pas cette façon de voir de M. Beslay (1). En réfutant cette opinion, MM. Lyon-Caen et Renault s'expriment de la sorte : « C'est inadmissible : d'abord, il est bien subtil de distinguer entre les conditions exigées pour *devenir*, et les conditions nécessaires pour *rester* commerçant : puis, on ne conçoit guère un commerçant en tutelle ».

M. Demolombe (3), objecte que cette révocation indirecte serait absolument impraticable; en effet,

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, p. 235; — BOISTEL, *op. cit.*, p. 61; — THALLER, *op. cit.*, p. 99.

(2) *Loc. cit.*

(3) DEMOLOMBE, t. VIII, p. 249.

dit-il, l'émancipation ne peut être retirée qu'au mineur dont *les engagements auront été réduits*; or, les engagements contractés par le mineur pour faits relatifs à son commerce ne peuvent être réduits (article 487, 1308 C. civ.); donc, l'autorisation de faire le commerce ne pourra pas lui être retirée de cette façon. Nous répondrons que c'est la réduction des *engagements civils* du mineur qui aura pour résultat le retrait de l'émancipation. Par suite, l'une des conditions que la loi exige pour que le mineur puisse commercer fera défaut.

On objecte encore que dans l'hypothèse où le mineur commerçant fera du commerce sa principale affaire et ne contractera nullement d'engagements civils, cette révocation indirecte ne pourra nullement s'exercer.

M. Delvincourt (1) pense que l'on pourrait dans ce cas dénoncer aux juges les engagements commerciaux du mineur, non pas afin de les faire réduire, mais afin de faire prouver qu'ils seraient réductibles s'ils n'étaient pas commerciaux et de faire rentrer ensuite le mineur en tutelle.

Si les obligations commerciales du mineur ne sont pas réductibles, le devoir des juges n'en est pas moins, quand ils sont saisi d'une demande en réduction des obligations civiles, de jeter un coup d'œil investigateur sur les obligations commerciales, qui seront aussi prises en considération, soit pour admettre, soit pour

(1) DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, t. V, p. 127.

rejeter la demande en réduction fondée sur les obligations civiles.

Nous ajoutons qu'indépendamment de ce moyen, le mineur n'en est pas moins protégé, car il reste la révocation *expresse de l'autorisation*.

D'une part, il y a un cas où l'émancipation lui est définitivement acquise, c'est lorsqu'elle résulte du mariage. D'autre part, le domaine d'application de cette révocation indirecte se réduira davantage si l'on décide que c'est au mineur seul qu'appartient le droit de demander la révocation de ses engagements civils. La question est controversée.

M. Demolombe soutient que le droit de demander la réduction n'appartient pas exclusivement à l'émancipé ; le père, la mère, le conseil de famille (par l'un de ses membres délégués), pourraient demander au nom du mineur la réduction de ses engagements excessifs.

Il donne deux motifs :

1°) L'émancipé ne voudra pas le plus souvent faire cette demande pour des motifs même quelquefois respectables ; des fois même par un sentiment d'honneur exagéré.

2°) Cette demande est finalement dirigée contre le mineur émancipé lui-même, car souvent l'important est beaucoup moins d'obtenir la réduction des engagements déjà consentis, que d'arriver par ce moyen à la révocation de l'émancipation.

« On ne saurait admettre que la loi ait voulu n'accorder qu'au mineur émancipé lui-même l'exercice d'une action dirigée en réalité contre sa personne même et contre sa capacité » (1).

Nous croyons, au contraire, que l'action en réduction autorisée par l'article 484 C. civ., a été introduite en faveur du mineur et ne compète qu'à lui.

Le mineur émancipé a seul capacité pour agir, le curateur doit se borner simplement à *assister* le mineur, sans aucun droit d'initiative. Quant au père, à la mère ou au conseil de famille, il faudrait un texte lui accordant ce droit. Ce texte n'existe pas. Les principes généraux empêchent de donner l'action en réduction à un autre qu'au mineur, puisqu'elle est établie dans son intérêt exclusif (2).

Examinons maintenant la question de la *révocation expresse de l'autorisation*.

Écartons tout d'abord l'opinion de M. Alauzet qui soutient que l'autorisation de faire le commerce donnée par le mari à la femme étant révocable, l'autorisation donnée par les parents du mineur doit l'être également. On veut par là établir un argument d'analogie entre deux situations profondément distinctes : celle de la femme mariée et celle du mineur. Il y a en effet entre la femme mariée et le mari une solidarité morale,

(1) DEMOLOMBE, *Droit civil*, t. VIII, p. 245.

(2) PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. I, p. 900, n° 2842; — AUBRY et RAU, t. I, § 432, p. 549; — LAURENT, t. V, n° 241; — HUC, t. III, n° 493.

même au cas où la solidarité d'intérêts n'existe pas. Cette solidarité n'existe pas entre le père et le fils. Si le fils a besoin de l'autorisation de la famille pour faire le commerce, ce n'est pas par déférence aux droits de la famille, c'est dans le droit moderne, par un motif de protection.

Ce n'est pas *le fils* qui a besoin d'autorisation, c'est *le mineur* ; le jour où le mineur atteindra sa majorité, le refus d'autorisation de la famille ne saurait l'empêcher de se faire commerçant. La femme mariée et le mineur n'ayant pas besoin d'une autorisation par suite des mêmes principes, les mêmes règles ne devront pas nécessairement leur être appliquées (1).

Les auteurs sont divisés sur la question de savoir si la révocation expresse doit ou non être admise.

M. Beslay (*loc cit.*, p. 263), considère l'autorisation comme irrévocable, pour deux raisons :

La première c'est que, la révocation de l'autorisation aurait pour effet d'enlever au mineur la qualité de commerçant pour l'avenir et cet effet serait très grave pour les tiers qui, ayant négocié la veille peut-être avec un commerçant, verront s'écrouler tout à coup le lendemain sa qualité. Le législateur, s'il avait cru possible un tel changement d'état, aurait organisé des moyens de publicité.

La seconde raison que donne l'auteur précité, est

(1) BESLAY, *op. cit.*

que la révocation ne pourrait pas se faire de plein droit par une seconde déclaration ; il faudra qu'elle soit prononcée en justice. Or, le temps que la justice demandera pour se prononcer, surtout si l'on va épuiser les deux degrés de juridiction, se prolongera peut-être jusqu'à la majorité du commerçant, jusqu'à une époque par conséquent où la révocation ne pourra plus avoir d'effet, car on ne saurait pas lui accorder un effet rétroactif. La faculté de retrait serait donc illusoire.

D'autres auteurs (2) n'admettent pas qu'il soit entré dans l'intention du législateur de condamner une famille à assister, les bras croisés, à la ruine et au déshonneur d'un mineur commerçant incapable, parce qu'elle aurait eu le malheur de se faire illusion sur son aptitude. En effet, il faut avant tout envisager l'intérêt du mineur ; si, malgré toutes les précautions prises, les faits démontrent son incapacité commerciale, il faut pouvoir l'empêcher de continuer le commerce, même en le laissant capable au point de vue civil.

« Le père, disent MM. Lyon-Caen et Renault (3), a eu confiance dans la prudence et l'habileté de son fils ; il lui a remis des capitaux, l'a autorisé à faire le

(1) En ce sens : MASSÉ, *loc. cit.*, t. II, n° 4042.

(2) PARIS, *Droit commercial*, n° 81 ; — BOISTEL, *op. cit.*, p. 61 ; — ALAUZET, *Comment. du C. comm.*, 3^e édit., t. I, n° 290 ; — DEMANTE, *Droit commercial*, t. II, n° 258 bis, III.

(3) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, I, p. 236.

commerce, puis il se trouve que les faits démentent cette confiance, que le mineur manque de prudence, qu'il court à sa ruine. Il n'y aurait pas moyen de l'arrêter et le jeune homme pourrait dire que sa situation ne peut plus être modifiée ! Cela n'est pas acceptable ; il n'y a pas de droit acquis à se passer de protection ».

Mais si la révocation doit être admise, il faut qu'elle soit exercée avec beaucoup de ménagements et toujours sous le contrôle de la justice. Ainsi, le retrait de l'autorisation s'exercera sous deux restrictions : 1° Étant donné que les choses ne sont plus entières, qu'il s'agit de revenir sur un fait accompli, ceux qui ont accordé l'autorisation ne pourraient pas la retirer *arbitrairement*. Le père, la mère ou le conseil de famille ne devraient être admis à revenir sur leur consentement qu'à la condition de soumettre leurs motifs à l'appréciation du tribunal.

2° Il faudra assurer la publicité du retrait de l'autorisation, pour que les tiers en prennent connaissance. N'oublions pas, en effet, que la publication de l'autorisation est requise aussi dans l'intérêt des tiers, qui doivent s'assurer promptement de la capacité du mineur. Il faut qu'ils sachent qu'il a cessé d'avoir cette capacité, sans quoi ils seraient trompés (1).

M. Boistel (*op. cit.*, p. 61) n'admet pas en principe

(1) En ce sens : THALLER, *op. cit.*, p. 98 ; — LYON-CAEN et RENAUT, p. 237 ; — DEMOLOMBE, t. VIII, n° 355 ; — BRAVARD, t. I, p. 92.

l'intervention du tribunal, et il se fonde sur l'analogie. Les parents peuvent d'eux-mêmes retirer leur consentement à un mariage avant la célébration, de même que le mari qui a autorisé sa femme à faire le commerce peut, d'après l'opinion commune, retirer son autorisation. Le trihunal ne serait amené à intervenir que d'une façon indirecte. On peut y recourir par voie contentieuse, s'il y avait dans ce retrait un abus de la puissance paternelle. Mais nous n'avons pu admettre cette analogie entre deux situations qui nous paraissent profondément distinctes (voir *supra*, p. 41).

Faisons remarquer que l'autorisation ne pourra avoir d'effet que dans l'avenir ; les droits acquis aux tiers seront respectés. En ce qui concerne l'effet de la publicité du retrait, il constituera une présomption de fait dont les tribunaux vont tenir compte suivant les circonstances.

§ VI. — Publicité de l'autorisation.

L'article 2 du C. civ. exige que l'autorisation du père, de la mère ou du conseil de famille soit rendue publique.

Il ne suffit donc pas qu'elle existe, il faut encore qu'elle soit portée à la connaissance des tiers ; sans cela l'autorisation n'aurait pas atteint son but. Toute profession commerciale suppose un appel à la confiance publique, et le désir de se mettre en rapport avec le

public. Si le mineur avait dû, à chaque acte de commerce qu'il voulait conclure, produire les pièces justificatives de sa capacité, il en aurait résulté beaucoup d'entraves et la plupart du temps, l'affaire commerciale qui exige de la *célérité*, n'aurait pas été conclue.

La publicité est exigée dans l'intérêt des mineurs. Les tiers pourront s'assurer promptement et facilement de la capacité du mineur et celui-ci sera dispensé de justifier de sa capacité aux tiers avec lesquels il entre en rapport. « On atteste aux tiers la capacité du mineur et on dispense celui-ci de la nécessité d'en justifier. » (1).

Il y a lieu — pour assurer la publicité — à une double formalité : d'abord l'enregistrement, la transcription, qui se fait au greffe du tribunal de commerce, sur un registre spécial tenu par le greffier, qu'il est obligé de communiquer à tous ceux qui désirent en prendre connaissance (2).

Ensuite, il faut accomplir la formalité de l'*affichage*. La loi ne prescrit rien de spécial, ni quant à la forme, ni quant à la durée de l'affichage. Il y a donc lieu de se référer aux articles 73 du C. de comm. et 872 du C. de proc. civ. L'affiche figurera dans un tableau où elle restera pendant un an (3) ; ce tableau doit être fixé dans l'auditoire du tribunal.

(1) LYON-CAEN et RENAULT, t. 1, p. 234, n° 225.

(2) La loi ne le dit pas. Les auteurs se prononcent en majorité en ce sens.

(3) Quelques auteurs (NOUGUIER, PARIS, *loc. cit.*) estiment que la publication doit être maintenue jusqu'à la majorité. Mais la loi ne le dit pas et, d'autre part, les tiers intéressés n'auront qu'à consulter le registre.

Quel est le tribunal où ces formalités sont opérées ?

Ce sera celui du lieu où le mineur veut établir son domicile, et quand le mineur change de domicile avant sa majorité, l'acte d'autorisation doit y être enregistré et affiché de nouveau.

Si la nécessité de rendre ainsi publique l'autorisation dans le lieu du nouveau domicile ne résulte pas expressément du texte de la loi, elle ressort du moins de son esprit (1).

Par l'*enregistrement* il faut entendre une transcription littérale sur le registre du greffe, qui permette aux tiers de connaître les termes mêmes de l'autorisation et d'en apprécier la portée (DALLOZ, *Répert. suppl.* au mot *Commerçant*, n° 63).

D'après certains auteurs, l'affiche devra contenir une copie également littérale de l'acte d'autorisation ; d'autres auteurs se contentent d'un simple extrait (MOLINIER, n° 150).

L'affiche est tellement indispensable dans l'esprit du législateur, qu'il a été reconnu au Conseil d'Etat lors de la discussion, que le mineur ne pourrait faire valablement aucun acte de commerce, même après en avoir obtenu l'autorisation, tant que cette autorisation n'aurait pas été affichée et enregistrée (2).

La publicité de l'autorisation n'étant pas exigée ici dans l'intérêt des tiers, ils ne seraient donc pas admis à invoquer la nullité pour défaut d'affichage.

(1) NOUGUIER, *op. cit.*, n° 524, t. I.

(2) LOCRÉ, t. XVII, *op. cit.* ; *loc. cit.*

« Cette solution, disent MM. Lyon-Caen et Renault, est quelque peu singulière. Le défaut de publication ne diminue en rien la protection résultant pour le mineur de l'autorisation : il peut seulement rendre plus difficile la preuve de sa capacité. Le législateur aurait dû se borner à prescrire la publicité, mais sans y attacher la même sanction qu'au défaut d'autorisation » (1).

Le système de publicité organisé par la loi est très défectueux ; il n'est plus en rapport avec les usages de commerce des temps présents. Autrefois, le Tribunal de commerce se trouvait d'ordinaire dans un lieu voisin de la Bourse ; c'était, dans les villes commerciales, le lieu de rendez-vous des hommes d'affaires et des négociants. Les mêmes moyens de communication rapide par écrit n'existaient pas, les commerçants se rendaient presque tous les jours au prétoire du Tribunal de commerce.

Les choses ont changé, et il faut reconnaître qu'aujourd'hui la publicité par voie d'affiche dans le prétoire des Tribunaux, ce n'est plus une publicité réelle, sérieuse et utile aux commerçants.

Une publicité dans le local de la Bourse du commerce ou dans un journal d'annonces légales nous paraîtrait plus efficace.

(1) *Op. cit.*, p. 234, n° 225.

§ VII. — Des actes de commerce isolés faits par le mineur.

C'est l'article 3 du C. de comm. qui vise ces actes.
« La disposition de l'article précédent est applicable aux mineurs non-commerçants, à l'égard de tous les faits qui sont déclarés faits de commerce par les dispositions des articles 632 et 633 ».

L'article 3 du C. de comm. exige par conséquent l'accomplissement des mêmes formalités que celles qui sont exigées pour qu'un mineur devienne commerçant. Cette disposition n'existait pas dans le projet du C. de comm. C'est le Tribunal qui en eût l'initiative.

Le Tribunal remarqua que la disposition de l'article 2 protégera contre leur inexpérience les mineurs qui voudraient profiter de la faculté de faire le commerce ; mais que la loi devait étendre sa prévoyance sur les mineurs qui, sans se consacrer à cette profession, pouvaient être dans le cas de faire quelqu'un des actes réputés faits de commerce (1).

C'est Renaud de Saint-Jean-d'Angély qui porta la proposition du Tribunal au Conseil d'État. Elle fut adoptée sans discussion dans la séance du 5 mai 1807.

Un auteur (2) s'étonne qu'on ait pu imaginer cette combinaison de faits, en vertu de laquelle un mineur serait dans une situation telle qu'il serait avantageux

(1) LOCRÉ, t. XVII, p. 301.

(2) BESLAY, *op. cit.*, p. 337.

pour lui de faire un acte de commerce sans qu'il lui fût avantageux de devenir commerçant.

Peut-être a-t-on inséré l'article 3 dans la crainte qu'on ne méconnût la disposition de l'article 2 en présentant les actes du mineur comme actes isolés et non comme constituant l'exercice d'un commerce (1).

L'article 3 C. comm. contient en somme une véritable prohibition des actes isolés de commerce que pourrait faire un mineur. Il sera très rare, en effet, qu'une seule spéculation présente assez d'intérêt et d'utilité pour déterminer le mineur et sa famille à l'accomplissement des formalités requises en vue de l'autorisation.

L'article 3 exige l'accomplissement de toutes les formalités de l'article 2 ; par conséquent, la publication de l'autorisation est indispensable. Comme il s'agit d'un acte isolé de commerce, on ne voit pas trop la nécessité de la publicité. La seule explication que l'on donne est que la publication atteste en quelque sorte l'accomplissement de toutes les autres formalités et que, d'autre part, pour conclure une affaire commerciale, il est de l'intérêt du mineur de ne pas s'adresser à une seule personne.

§ VIII. - **Habilitation de la femme mariée mineure à faire le commerce.**

Suivant l'article 4 du C. de comm., la femme mariée

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.* ; *loc. cit.*

ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. Mais le consentement du mari est-il toujours suffisant ? L'article 4 ne dit rien de la femme mariée mineure et, d'autre part, il se peut que le mari lui-même soit mineur.

Nous allons distinguer deux hypothèses, suivant que le mari est majeur ou qu'il est lui-même mineur.

Mari majeur. — Il s'agit de savoir quelle autorisation est nécessaire à la femme mineure pour faire le commerce ; a-t-elle besoin non seulement du consentement du mari, mais encore de l'autorisation que la loi exige dans l'article 2 du C. de comm. pour les mineurs qui vont entreprendre un négoce ? Comme nous le voyons, le cas rentre à la fois dans les articles 2 et 4 du C. de comm. ; on se demande s'il faut appliquer les deux articles ou si l'un de ces articles s'applique à l'exclusion de l'autre.

Il faut exiger le concours de ces deux autorisations (1). Cette solution résulte du rapprochement des articles 2 et 4 du C. de comm. (2). Il n'y a, en effet, aucune incompatibilité entre ces deux textes. La femme sera autorisée conformément à l'article 2 par ses parents ou sa famille en tant que mineure, et elle le sera conformément à l'article 4 par son mari en tant que femme mariée. En édictant les règles de l'autorisation pour les mineurs, l'article 2 n'a fait aucune

(1) En ce sens : LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I, p. 257 ; — BOISTEL, *op. cit.*, p. 72, n° 97.

exception en faveur des femmes mineures mariées, et de même en indiquant la nécessité de l'autorisation maritale pour les femmes mariées, l'article 4 n'a pas créé de dispense pour les femmes mariées mineures (1).

Dans le sens de l'opinion qui regarde comme inutile l'autorisation exigée par l'article 2 du C. de comm., on peut dire que l'autorité du mari absorbe celle de la famille et que la femme, quoique mineure, n'a à répondre de sa conduite que devant son mari qu'elle engage, et non devant ses parents qui, en la mariant, ont perdu toute l'autorité qu'ils avaient sur elle et ne sont plus responsables de ses actions.

Mais les principes du droit sont favorables à la nécessité des deux autorisations. Le mariage émancipe bien la femme qui devient capable de faire avec la seule autorisation du mari les actes que le mineur peut faire avec l'autorisation de son curateur. Mais elle reste malgré cela sous l'autorité de ses parents pour tout acte que le mineur émancipé ne peut faire qu'avec l'intervention du conseil de famille. Ces principes admis en matière civile doivent l'être aussi s'il s'agit de matières commerciales, car il n'y a pas de raison de faire une distinction.

Comme l'autorisation de faire le commerce implique celle d'engager ses biens, meubles et immeubles, et

(1) Depuis la loi du 6 février 1893, la femme séparée de corps n'a plus besoin de l'autorisation maritale : la règle est vraie du commerce comme autres actes juridiques qu'elle entreprendrait. Elle a la capacité civile et commerciale.

même autrefois, avant la loi de 1867, qui a aboli la contrainte par corps, celle de s'engager soi-même, il est nécessaire que les parents de la femme donnent leur autorisation à leur enfant mineur. Cette autorisation sera donnée, non pas dans la forme des articles 476 et suivants du C. civ., mais dans la forme indiquée par l'article 2 du C. de comm. (1).

Mari mineur lui-même. — En ce cas, d'après certains auteurs, d'une part, le mari ne peut autoriser la femme et d'autre part, aucun texte ne donne, soit à la justice, soit aux parents du mari la faculté de l'autoriser. On se fonde sur ce que l'autorisation de justice ne peut suppléer celle du mari, quand il s'agit de l'autorisation de faire le commerce. Il faut pourtant remarquer que la justice ne fait que *compléter* et non *suppléer* la volonté du mari : par conséquent, l'article 224 C. civ., est applicable. Décider autrement serait rendre impossible le commerce à la femme au cas où son mari lui-même est mineur.

L'incapacité de la femme est levée conformément à l'article 2 du C. de comm.

Quelques auteurs soutiennent qu'il faudrait appliquer l'article 2 du C. de comm. non seulement à la femme, mais au mari lui-même. C'est le système admis par la loi belge du 15 décembre 1872 (article 9), et par le C. de comm. roumain de 1888, qui admettent

(1) MASSÉ, *op. cit.*, t. II, p. 279, n° 1114; — En même sens : BÉDARRIDE, n° 189; — DELVINCOURT, t. II, n° 7; — DEMOLOMBE, *Du mariage*, t. II, n° 249.

que le mari mineur doit être autorisé comme s'il s'agissait de faire le commerce pour lui-même.

Mais l'article 2 du C. de comm. français est fait pour une hypothèse toute différente, celle où les parents d'une personne veulent autoriser le mineur à faire le commerce, tandis qu'ici il s'agirait d'autoriser le mari à autoriser lui-même sa femme.

Nous concluons donc que l'incapacité de la femme sera levée conformément à l'article 2, C. comm., et, celle du mari, conformément à l'article 254, C. civ. (1).

(1) LYON-CAEN et RENAULT, t. I, p. 259, n° 248.

CHAPITRE III

CAPACITÉ DU MINEUR COMMERÇANT

§ I. — Il est capable pour les actes relatifs à son commerce.

La condition juridique du mineur commerçant est double.

Dans le *domaine civil* il est incapable, aussi ne pourrait-il pas par exemple emprunter la moindre somme sans une délibération du conseil de famille (art. 483 C. civ.), mais dans le domaine commercial il est réputé majeur pour les actes relatifs à son commerce, aussi peut-il faire des emprunts, engager ses biens et compromettre son honneur même dans une faillite.

Le mineur civil ne peut recevoir le plus minime capital, sans l'assistance d'un curateur qui en surveille l'emploi (art. 484 C. civ.) ; tandis que le mineur commerçant est en quelque sorte un mineur-majeur (ainsi que l'appelle un auteur) (1), qui peut délivrer une quittance pour toute somme, qui peut transiger, faire une remise de dette, s'il s'agit d'actes relatifs à

(1) DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité théorique et pratique de droit commercial*.

son commerce. Le mineur commerçant reste obligé, quelle que soit la quantité des marchandises achetées et la quotité du prix ; tandis que les engagements du mineur civil (émancipé) sont réductibles en cas d'excès (art. 484 C. civ.).

Quelles ont pu être les raisons de ces dérogations à la loi civile ? C'est certainement l'intérêt du commerce et sa nécessité sociale.

La distinction entre les obligations civiles et les obligations commerciales du mineur, habilité à faire le commerce, laisse voir que l'habilitation n'augmente sa capacité que pour les actes de commerce ; pour les actes civils, le mineur commerçant se trouve dans la situation d'un mineur émancipé ordinaire. Cette distinction résulte de l'article 487 (1) du C. civ. et de l'article 2 C. de comm., qui, assimilant au majeur le mineur émancipé et autorisé à faire le commerce, n'étendent les effets de cette assimilation qu'aux engagements relatifs à son commerce.

Les anciens docteurs italiens n'admettaient pas cette restriction naturelle des effets de l'autorisation.

Ainsi Cassaregis (2) (Discours 181 n° 4) disait :

Minor exerceant mercaturam, potest contrahere et se obligare ex quocumque contracto, licet illius obligatio, vel contractus, non respiceret mercaturam, vel ex causa mercatum factus non est.

(1) Art. 487 C. civ. : Le mineur émancipé qui fait un commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce.

(2) DE CASAREGIS, *Discussus legales de commercio Venetis*, 1740, 3^e vol.

Ansaldus (1), au contraire (*Discursus generalis*, n° 88) ne reconnaissait aux mineurs commerçants une capacité suffisante que relativement aux actes concernant leur commerce : *Minores, si mercaturam exerçant, contractus sustenebantur, dommodi concernant quam mercaturam*, et plus bas, au n° 92 *in specie minoris, quod pro majori reputetur in concernentibus negotiæ mercantilia*.

L'ancien droit français était précis sur cette question. La capacité des mineurs commerçants ne dépassait pas les limites de leur commerce. Si le créancier avait traité avec le mineur pour une affaire étrangère au commerce, il n'avait, pour obligé, qu'un incapable, et le mineur pouvait manquer le bénéfice de la restitution.

Valin, dans son commentaire sur la coutume de La Rochelle (imprimée en 1761, à la page 611), se demande si le mineur commerçant ou ayant un métier n'est pas restituable contre les actes concernant son commerce ou son métier. Nous avons vu la réponse qu'il donnait dans la *partie historique* de notre thèse. Quant à la question qui nous intéresse maintenant, Valin dit : « Mais il s'engage pour d'autre chose que pour son commerce, il est restituable, comme s'il se soumet caution pour autrui, quoi que pour fait de commerce, parce qu'en cela *suum negotium non gerit* ».

(1) ANSALDIS, *Discursus de commercio*, 1698.

L'ordonnance de 1673 avait admis la même restriction (JOUSSE, sous l'art. 6 de l'ord.). Le mineur commerçant ne pouvait se faire restituer que contre les engagements pris par lui pour les *affaires commerciales* (FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 2, p. 251).

C'est cette distinction de l'ancien droit qui a passé dans le droit nouveau et par conséquent la capacité du mineur commerçant n'est pas absolue, elle est au contraire spéciale aux opérations commerciales de sa profession.

Ainsi, le mineur habilité à faire le commerce, est pleinement capable (sauf la restriction de l'article 6 C. comm.) pour les actes relatifs à son commerce.

Le mineur commerçant peut intenter seul les actions qui se rattachent à son commerce, répondre à celles formées contre lui, acquiescer, transiger, compromettre, poursuivre la saisie des biens de ses débiteurs pour dettes commerciales, et même les faire exproprier de leurs immeubles. Il n'aurait besoin de l'assistance de son curateur que dans les instances civiles relatives à des droits immobiliers dérivant de causes étrangères à son négoce (1).

Nous savons qu'en droit commun (article 2252 C. civ.) la prescription ne court pas contre les mineurs, même émancipés, ou si elle court contre eux (article

(1) DALLOZ, *Répertoire de Doctrine et Jurisprudence*, t. VIII, p. 618, n° 157.

2278 C. civ.) la loi leur réserve un recours contre leur tuteur ou curateur.

Contre le mineur commerçant la prescription court toujours pour tous les faits relatifs à son commerce, sans qu'il ait de recours à exercer contre ceux qui sont préposés à la garde de ses affaires civiles.

Toutefois, il n'est pas dans une situation complètement égale au commerçant majeur. Ainsi, n'ayant pas encore de capacité politique, il ne peut être électeur au tribunal de commerce. Il ne peut remplir non plus les fonctions d'agent de change, de courtier maritime ou de courtier inscrit en marchandises.

Mais la seule habilitation ne suffirait pas à lui rendre la qualité de commerçant. Il faut, conformément à l'article 1^{er} du Code de commerce, que le mineur exerce des actes de commerce et en fasse sa profession habituelle. L'intérêt de la question est très sensible : car il s'agit de savoir si on soumet le mineur aux obligations et aux charges spéciales des commerçants et si d'autre part on lui accordera les droits et les prérogatives des commerçants.

Cette question ne présente rien de spécial au mineur ; on applique les mêmes règles comme s'il s'agissait d'un majeur (1). Ainsi, l'habilitation conférée pour faire certains actes de commerce n'impose pas au mineur la

(1) Voir THALLER, p. 52-62 ; — BOISTEL, *loc. cit.*, p. 43-46 ; — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, t. I, p. 204-222.

qualité de commerçant ; mais il est « *réputé majeur* » par les actes autorisés.

L'article 2 C. comm. et l'article 487 C. civ. disent que le mineur autorisé à faire le commerce est « *réputé majeur* ». Il s'agit donc d'une majorité *fictive*, d'une capacité de convention pour certains actes seulement. En réalité, la minorité subsiste ; il intervient seulement une fiction légale qui confère au mineur la capacité. Les nécessités du commerce et du crédit exigeaient qu'il en fût ainsi.

L'Ordonnance de 1673, dans son article 6, avait formulé le même principe : « Tous les négociants et marchands en gros et en détail, comme aussi les banquiers, seront *réputés majeurs*, pour le fait de leur commerce et banque, sans qu'ils puissent être restitués sous prétexte de minorité ».

La capacité n'est donc admise que pour les actes qu'ils font en qualité de commerçants : pour tous les actes civils, les mineurs restent ce qu'ils sont réellement, c'est-à-dire des *mineurs*.

Dans ces limites, le mineur est pleinement capable. Il peut faire, non seulement les actes qui ont directement trait à son commerce, mais encore tous ceux qui en sont la conséquence ou le complément nécessaire. Ainsi, en vertu de la *théorie de l'accessoire*, la capacité

(1) Nous trouverons pourtant des différences. Ainsi nous examinerons plus loin la question de savoir si la présomption de l'art. 638, 2^e al., que les billets sont faits pour son commerce, s'applique au mineur habilité à faire le commerce dans les mêmes termes qu'au commerçant majeur.

du mineur commerçant s'étend à toutes les opérations qui facilitent, qui secondent son commerce (1).

En d'autres mots, le mineur commerçant pourra faire des actes de commerce par leur nature (articles 632 et 633 du C. de comm.) et des actes de commerce, en vertu du principe dit de l'accessoire. Ce sont des actes étrangers à l'énumération des articles 632 et 633, accomplis par le commerçant dans l'intérêt de son commerce, qui sont civils de leur nature, mais qui deviennent commerciaux, parce que c'est un commerçant qui les fait. La loi elle-même (article 2 C. comm.; article 487 C. civ.) exige un acte relatif au commerce ; elle ne prescrit pas *expressis verbis* un acte de commerce.

M. Rivière (2) soutient que le mineur n'acquiert une capacité complète que pour les actes de *nature commerciale* et pour *son commerce* seulement. Et pour donner des exemples, il continue de la sorte :

Ainsi l'achat qu'il ferait d'une maison, même destinée à être le siège de son commerce, ou de toute autre immeuble, serait soumis aux règles du droit commun, parce que l'acte ne serait pas commercial.

Cette opinion est restée isolée dans la doctrine. Elle ne se justifie ni en droit ni en fait. La formule des articles 487 et 2 C. comm. est assez large pour com-

(1) Sur la théorie de l'accessoire : V. THALLER, *loc. cit.*, p. 52-58 ; — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, t. I, p. 466-491 ; — BOISTEL, *op. cit.*, p. 37-41.

(2) RIVIÈRE, *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, p. 34.

prendre aussi les actes de commerce en vertu de l'accessoire et d'autre part les nécessités pratiques du commerce s'opposent à cette interprétation restrictive de Rivière. Aucun motif ne saurait justifier une restriction à cet égard. Un mineur habilité à faire le commerce, s'il contracte un emprunt en vue de ses affaires commerciales, n'a point pour cela à remplir les formalités prescrites par les articles 457 et 458 du C. civ.; il s'engage par son seul consentement d'une façon irrévocable (Rep. 18 C. civ. 1883, D. P., 84, I. 323) (1).

Toute la difficulté sera de distinguer si l'acte est ou non relatif au commerce du mineur. Et ainsi, comme nous venons de le dire, il n'est pas nécessaire pour que le mineur soit capable, que l'acte puisse être qualifié acte de commerce, dans les termes et conditions des articles 632 et 633. La loi exige que l'acte soit relatif au commerce du mineur. Le nombre des actes relatifs au commerce du mineur est infiniment plus étendu que le nombre des actes de commerce proprement dits qu'ils veut faire.

§ II. — Application de la présomption de commercialité aux actes du mineur commerçant.

Les engagements des mineurs habilités, relatifs à leur commerce, sont régis quant à leur forme et quant

(1) *Des actes de commerce par relation* (Th. Paris, 1900, par DUCHANJE, p. 344).

à leurs conséquences, par les mêmes principes que les engagements des majeurs. Ainsi les mineurs habilités à faire le commerce, peuvent s'engager seuls, sans qu'ils aient besoin de l'assistance de leur curateur. Dans l'ancien droit, nous savons qu'il y avait des dispositions plus libérales : les mineurs indépendamment de toute autorisation pouvaient s'engager seuls et sans l'assistance de leur tuteur ou de leur curateur, pour tout ce qui concerne leur commerce.

Casaregis (1) disait : *Minores exercentes mercaturam, possunt contrahere absque solamnitatis statutis.*

Il n'y avait de restriction que pour les cas prohibés expressément par la loi : *Quando statutum loquitur prohibitive* (2).

Le mineur habilité à faire le commerce, se comporte pour les engagements relatifs à son commerce, de la même façon qu'un majeur : sous cette seule restriction établie par l'article 6 du C. de comm., qu'il ne lui sera permis d'aliéner ses immeubles, fût-ce dans un intérêt commercial, qu'en observant les règles également applicables au mineur émancipé.

Mais il faut déterminer le point suivant : en cas de contestation, est-ce le créancier ou le mineur qui doit prouver que l'acte était ou n'était pas relatif à son commerce. Le créancier qui réclamera l'exécution de l'engagement pris par le mineur, devra-t-il prouver

(1) CASAREGIS, *op. cit.*, p. 100, n° 15.

(2) *Ibid.*, p. 105, n° 20.

que cet engagement était dans les conditions de la capacité commerciale du mineur et que par conséquent il est valable ? Ou bien serait-ce l'incapable qui, en prouvant que l'acte n'était pas relatif à son commerce, établirait ainsi son incapacité ? En d'autres mots, quelle sera ici la présomption, contre laquelle une preuve contraire serait admise par les juges ?

Au cas où il s'agit d'un commerçant majeur, nous savons qu'il existe une présomption générale de commercialité.

L'article 638, 2^e alinéa, s'expime de la sorte : Néanmoins les billets souscrits par un commerçant seront censés faits pour son commerce, et ceux des receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics, seront censés faits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y sera pas énoncée.

D'autre part, l'article 634-1^o dit que les tribunaux de commerce connaîtront des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers ; et l'article 632, 7^e alinéa, répute actes de commerce toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers. Mais la formule de ces articles est trop générale, car il y a de ces obligations contractées par un commerçant envers un autre commerçant, qui ne sont pas commerciales. Il en est ainsi au cas où un commerçant achète à un autre des denrées pour sa consommation et celle de sa famille. L'article 638, 1^{er} alinéa, soustrait, en effet, à la juri-

diction consulaire, les actions intentées contre un commerçant pour paiement des denrées et marchandises achetées pour son usage particulier.

En principe, c'est la commercialité qui est présumée.

Examinons maintenant la question suivante : la présomption générale de commercialité posée par l'article 638, 2^e alinéa, est-elle applicable dans les mêmes termes et avec la même étendue aux mineurs commerçants ?

Les auteurs, en majorité, sont d'avis que c'est le mineur qui devra prouver que l'acte excédait l'exercice du commerce.

Nous écartons l'opinion contraire soutenue par M. Bravard (1). On dit : « Lorsqu'on se trouve en présence du droit commun et d'une exception, ce n'est pas la règle qui a besoin d'être prouvée, c'est l'exception ».

Dans la question qui nous occupe, le mineur est incapable ; cette incapacité, c'est, dit-on, la règle. Le mineur commerçant, autorisé à faire le commerce, agissant pour les besoins de son commerce, est seul capable : cette capacité est une exception.

« Ne perdons pas de vue, dit M. Bravard, que la majorité dont le mineur commerçant est investi est une pure fiction. La capacité est arbitraire, exceptionnelle, et dès lors, dans le doute, il faut se décider pour

(1) *Loc. cit.*, p. 88.

la réalité plutôt que pour la fiction, pour la règle plutôt que pour l'exception, parlant, pour la non-commercialité plutôt que pour la commercialité, pour la nullité plutôt que pour la validité ». Et plus loin, l'auteur conclue : « Je crois donc, je crois fermement que le mineur qui allègue la nullité de l'acte n'aura rien à prouver, que ce sera, au contraire, au créancier qui prétend que l'acte est relatif au commerce du mineur, qui veut se placer dans un cas d'exception, à prouver qu'il est bien dans le cas pour lequel cette exception est faite. Il doit s'imputer de n'avoir point fait consigner dans l'acte la cause de l'engagement ».

Un auteur (1) dit qu'il n'y a dans ces raisonnements qu'une véritable illusion dialectique.

Où trouve-t-on, en effet, que l'incapacité soit la règle et la capacité l'exception ? C'est la manière de poser la question qui donne aux dispositions de la loi le rang tantôt de règle, tantôt d'exception. Il n'y a rien d'absolu, rien de réel dans cette distinction entre la règle et l'exception. On dit que la loi veut que les mineurs soient incapables et c'est là une règle ; c'est par exception que certains mineurs se trouvent capables.

Mais, en changeant le point de vue, les rôles vont changer. On peut tout aussi bien dire : « L'homme doué d'une volonté libre est capable ; la loi et la raison le veulent ; c'est la règle. Malgré cette règle, les mi-

(1) BESLAY, *loc. cit.*, p. 293.

neurs, à cause de certaines raisons de protections, sont déclarés incapables; c'est l'exception. S'il s'agit du mineur commerçant, il redevient capable et rentre dans la règle ».

Ainsi la même disposition de loi prend le caractère d'une exception ou d'une règle, selon le point de vue où l'on se place pour la considérer.

On dit encore dans cette opinion que l'article 638-2^o n'est relatif qu'aux commerçants capables et n'a entendu trancher qu'une question de compétence. On argumente de la place que l'article 638 occupe dans le livre IV, consacré à la *juridiction commerciale*; dans le titre II, relatif à la compétence des Tribunaux de commerce. Mais cette opinion ne doit pas être admise.

« Il faut accepter franchement les conséquences de la situation faite par la loi au mineur commerçant : il est réputé majeur en ce qui touche son commerce, il doit être dans la même condition que tout commerçant, et, par suite, on suppose naturellement que ses actes sont relatifs à son commerce, quelle que soit la forme employée » (1). Les juriconsultes les plus autorisés admettent la même doctrine et enseignent que l'article 638 du C. de comm. est applicable aux billets souscrits par un mineur commerçant (2).

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *loc cit.*, t. I, p. 217.

(2) VALETTE, *Explication sommaire du livre I du C. civ.*, p. 331 et *Cours de Code civil*, p. 593; — DEMOLOMBE, VIII, n^o 342; — DEMANGEAT SUR BRAVARD, I, p. 86 *en note*; — MOLINIER, *op. cit.*, t. I, n^o 154 et 179.

La doctrine de M. Bravard, exposée plus haut, n'est pas admissible. Il faudra, ou bien admettre que le billet souscrit par le commerçant mineur est toujours présumé fait par un incapable et en cas de conflit ce sera au créancier toujours à prouver qu'il a été réellement fait pour le commerce du souscripteur. Mais dans ce cas personne ne voudra plus traiter avec le mineur sans être mis au courant de ses affaires, sans avoir la preuve que les fonds qu'il veut emprunter sont véritablement destinés à telle opération commerciale. Le prêteur voudrait, en d'autres mots, s'assurer de l'emploi donné à la somme prêtée et alors on arrive à rendre impossible au mineur l'exercice du commerce.

Ou bien on admettra que le billet souscrit par le mineur commerçant doit être présumé pour son commerce et par conséquent valable, par cela seul qu'une cause commerciale y serait énoncée. Mais on se demande alors de quelle façon est assurée la protection du mineur. Il s'agit en effet dans ce cas, d'une gêne imposée à celui qui traite avec le mineur plutôt que de protéger celui-ci. Le billet devra contenir une énonciation qui est sous-entendue dans les billets souscrits par les commerçants. Mais ce serait encore violer l'article 1307 du C. civ. en vertu duquel « la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution ». En somme, l'opinion de M. Bravard, conduit à la nécessité d'une véritable clause de style, si ce n'est de rendre impossible au mineur habilité l'exercice de son commerce.

Avec MM. Lyon-Caen et Renault, nous avons admis l'application de l'article 638-2°, même au cas du mineur habilité à faire le commerce.

Même si on admettait pas l'application de la présomption de commercialité au mineur commerçant en se basant sur l'article 638 du C. de comm., on arrivera au même résultat en se basant sur une *présomption de fait*. Nous savons, en effet, que la preuve testimoniale est admise sans limitation de chiffre, devant la juridiction consulaire. Conformément à l'article 1353 C. civ., les présomptions de fait elles-mêmes sont admissibles dans la même mesure. Considérant donc le grand nombre d'opérations commerciales que fait un commerçant et la rareté de ses actes civils, il est bien vraisemblable que l'obligation dont on ignore la cause a eu le commerce pour objet.

La présomption de l'article 638-2°, s'applique aux mineurs habilités comme aux personnes capables de faire le commerce; il est bien entendu qu'elle n'a pas pour les premiers plus de force que pour les seconds. En conséquence, elle admet la preuve contraire. Cette preuve peut se faire par tous les moyens, même par des présomptions de fait.

La Cour de cassation (Ch. des req.), par son arrêt du 20 janvier 1885 (SIREY, 1885, I, p. 295), décide que la présomption légale, d'après laquelle les billets émanés d'un négociant sont réputés faits pour son commerce, peut être combattue par la preuve

contraire, et même à l'aide de simples présomptions.

En conséquence, les billets souscrits par un mineur autorisé à faire le commerce sont à bon droit annulés comme souscrits pour des causes étrangères au négoce, s'il ressort des faits de la cause et des présomptions en résultant que le créancier n'a pas pu croire que ces engagements étaient contractés pour les besoins du commerce du mineur (même arrêt).

Quelques auteurs (1) distinguent, suivant qu'il s'agit d'un acte dont la forme même est commerciale (lettre de change, billet à ordre, compte-courant) ou qu'il s'agit au contraire d'un simple billet ; ils prescrivent la validité dans le premier cas, la nullité dans le second.

M. Boistel (2) distingue suivant que la cause est ou non indiquée dans le billet. Si elle est indiquée elle créera contre le mineur une présomption de commercialité et aura pour effet de rejeter sur lui le fardeau de la preuve.

Sans doute, dit-il, si le mineur était pleinement incapable, sa déclaration serait annulée par l'article 1307 du C. civ. ; mais il n'a qu'une demi-incapacité ; il a une capacité spéciale, mais complète, pour les actes de son commerce ; la loi, en lui donnant cette capacité, n'a pas pu vouloir lui en rendre l'usage impossible, ce qui

(1) PARDESSUS, *Droit commercial*, t. I, n° 62, p. 63, 6^e édit. ; — BÉDARRIDE, *Commentaire des art. 2 et 3*, 2^e édit., n° 96 *tr.*

(2) *Op. cit.*, p. 63.

arriverait si les tiers qui traitent avec lui ne pouvaient au moins s'exonérer du fardeau de la preuve. Ce système aurait l'avantage de ne pas anéantir l'incapacité civile du mineur, car même après cette déclaration, le mineur en faisant la preuve que l'acte ne concernait pas son commerce, pourra le faire annuler.

M. Boistel étend ce système au cas où le billet ne contiendrait pas une déclaration du mineur, mais à la condition que ce billet ait une forme commerciale ; car l'emploi de cette forme doit être considérée comme déclaration tacite faite par le mineur commerçant.

En résumé : M. Boistel repousse l'application de l'art. 638, 2^e alinéa, à toute espèce de billet souscrit par un mineur commerçant, il n'en admet l'application qu'à la lettre de change ou au billet à ordre, sauf toujours la preuve contraire.

Cette preuve contraire, contre qui le mineur peut-il l'administrer ? Elle est évidemment possible contre le preneur qui a contracté avec le mineur et contre les tiers porteurs qui auraient connu la minorité. Quant aux tiers porteurs qui auraient ignoré la minorité, on ne pourrait pas faire la preuve contraire contre eux ; les règles qui régissent la lettre de change et le billet à ordre s'y opposent.

La règle pour les titres à ordre cédés par voie d'endossement est que les exceptions personnellement opposables au cédant ne sont pas opposables au ces

sionnaire (1). Mais il y a des cas où cette règle ne s'applique qu'au profit du cessionnaire de bonne foi. Ainsi, il peut y avoir nullité de l'engagement principal à supposer que l'effet fût signé pour une cause civile par un mineur commerçant légalement autorisé ; seulement il y a en même temps une faute imputable à celui qui a signé. En conséquence, s'il peut invoquer la nullité contre un porteur de mauvaise foi, il

(1) Celui auquel la lettre a été transmise par endossement n'est pas considéré comme un cessionnaire ordinaire qui ne saurait avoir plus de droits que son cédant ; il peut se prétendre directement créancier des obligés, sans que ceux-ci soient autorisés à lui opposer des exceptions qui eussent été opposables à son endosseur si celui-ci était demeuré porteur.

Cette règle est imposée par une *raison pratique* et par une *raison juridique*. La raison pratique est qu'on a voulu faire des titres à ordre, une sorte de monnaie de convention, payable au porteur légitime, sans que le débiteur puisse se prévaloir de ce que cette monnaie a passé entre les mains de telle ou telle personne. La rapidité des transmissions ne permettent pas au cessionnaire de s'informer des relations qui ont pu exister entre le débiteur, le cédant et tous les propriétaires antérieurs de la créance. La raison *juridique* est que la clause à ordre permet au tiers cessionnaire de se substituer au précédent créancier de manière à être considéré comme ayant toujours été le seul créancier de celui auquel il s'adresse pour être payé. En effet, le signataire ne s'est pas obligé envers un créancier dénommé, mais *in rem* et directement envers celui qui sera porteur de l'effet à l'échéance. Celui-ci n'est pas seulement l'ayant-cause de l'endosseur, il a de plus un droit propre auquel les faits personnels à l'endosseur ne peuvent porter atteinte. L'accepteur d'une lettre de charge doit, non à la personne qui la lui présente, mais à la personne reconnue par avance, qui, étant porteur lors de l'échéance, réclame le paiement.

Cette règle n'est pas d'une application absolue. Il y a des cas où elle s'applique même au profit d'un cessionnaire de mauvaise foi. Ainsi, par exemple, l'exception de compensation. Le débiteur d'un effet à ordre (tiré accepteur, souscripteur d'un billet) ne peut se prévaloir contre le porteur d'une extinction de la dette résultant d'une compensation opérée entre lui débiteur et un endosseur (Cass., 5 janv. 1864, D. 1864, I, 140). Ceci même si le porteur aurait connu la possibilité de la compensation, au moment où il a acquis l'effet par endossement (M. BOISTEL, *op. cit.*, p. 511 ; MM. LYON-CAEN et RENAULT, t, IV, p. 196).

ne doit pas l'invoquer contre un porteur de bonne foi. Il ne peut pas faire retomber sur ce dernier les conséquences de sa faute, dont (article 1382 C. civ.) il devrait au contraire réparation. Il y a présomption de commercialité, il peut faire la preuve contraire contre ceux qui connaissent sa situation, mais il ne peut pas le faire contre un porteur de bonne foi, car il a contribué à l'induire en erreur (1).

Si la lettre de change avait été souscrite par un mineur non commerçant, elle serait nulle en vertu de l'art. 114 C. de comm. La Cour de Paris, dans un arrêt de 17 juillet 1894, décide que les lettres de change souscrites par un mineur non négociant sont nulles, d'une nullité d'ordre public qui peut être invoquée à l'encontre d'un porteur même de bonne foi (même sens, Cass. 19 févr. 1856 ; D., 56, 1, 86).

Il en est ainsi là même où la date indiquée dans l'acceptation du mineur serait post-datée à une époque de la majorité. L'article 1307 C. civ. permet au mineur de se restituer contre son engagement même au cas de déclaration de majorité, s'il n'y a pas eu dol de sa part (Cf. art. 1310 C. civ.).

Or, le fait d'avoir mis une date fausse, à l'instigation probable du preneur de l'effet, ne peut être interprété comme un des actes dolosifs auxquels fait allusion l'article 1310. D'autre part, ainsi que nous l'avons vu plus haut, l'incapacité en matière de change est un

(1) BOISTEL, *op. cit.*, p. 513, n° 757, *in fine*.

moyen de nullité opposable à tout porteur, à la différence de certaines autres exceptions, comme celle de dol, qu'on ne peut invoquer contre un porteur de bonne foi.

§ III. — Le mineur commerçant peut-il acheter ou vendre un fonds de commerce ?

Nous préciserons d'abord la nature juridique du fonds de commerce ; nous nous demanderons ensuite si l'achat ou la vente du fonds de commerce, constituent une opération commerciale et si par conséquent le mineur habilité conformément à l'article 2 du C. de comm. peut accomplir ces actes, sans possibilité de réduction au cas d'achat ou d'annulation au cas de vente ce qui arriverait au cas où ces actes seraient considérés comme étant civils.

La notion du fonds de commerce est au plus haut degré susceptible de plus et de moins, essentiellement élastique et suivant les points de vue de la situation, elle a une portée extrêmement variable (1).

Dans la notion la plus absolue, on réunit tous les éléments qui constituent cet organisme économique ; on figure une masse qui indique la situation intégrale, aussi bien active que passive.

Le fonds de commerce se compose de divers éléments, les uns corporels, les autres — les plus

(1) CATALAN, *Condition juridique des fonds de commerce*, Montpellier 1899.

importants — incorporels. Leur ensemble constitue l'établissement commercial, c'est-à-dire une organisation douée d'une vie propre et d'une certaine individualité. C'est un ensemble d'objets et d'instruments d'exploitation. L'établissement contient l'installation matérielle en y faisant entrer la marchandise, la raison de commerce ou l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la *clientèle* ou *l'achalandage*. Ce dernier c'est l'élément de beaucoup le plus important du fonds de commerce. Nous venons de parler d'une certaine *individualité* ; ajoutons qu'il ne s'agit que d'une individualité de fait, résultat de la convention des parties. Chacune des valeurs comprises dans l'exploitation conserve sa nature propre : « Le fonds de commerce n'est pas un tout ayant une économie propre, c'est à la clientèle seule qu'on devrait réserver cette qualification (1). Aussi le fonds de commerce est une valeur incorporelle, car son élément le plus essentiel c'est la clientèle, valeur incorporelle elle-même.

Suivant les principes généraux, un mineur émancipé peut acheter une valeur incorporelle, sauf possibilité de réduction (art. 484 C. civ.). Quant à la vente, on applique la loi de 1880 pour l'aliénation des valeurs incorporelles des mineurs.

Le mineur commerçant est capable pour les actes relatifs à son commerce. L'achat et la vente d'un fonds de commerce rentrent-ils dans cette catégorie d'actes ?

(1) THALLER, *loc. cit.*, p. 67, n° 86.

On a contesté le caractère commercial à l'achat et à la vente d'un fonds de commerce.

On a dit qu'il n'y a pas là un acte de commerce prévu par la loi (1) ; celui qui achète un fonds de commerce ne le fait pas dans l'intention de le revendre, mais dans celle de l'exploiter. Quant à celui qui vend un fonds de commerce, il ne l'a pas acheté dans ce but. Il se peut que ce soit lui-même qui l'ait créé, mais, en ce cas encore, son intention, en le fondant, n'a pas été de le revendre.

On a rejeté, d'autre part, l'application de la théorie de l'accessoire, en se basant sur ce que l'acheteur n'est pas encore commerçant, car, pour qu'il le devienne, il faut la profession habituelle consistant dans l'exercice des actes commerce. Nous rejetons cette doctrine.

« Au lieu de dire que l'acheteur n'est pas encore commerçant et que le vendeur ne l'est plus, il vaut mieux dire que l'acheteur fait le premier acte et le vendeur le dernier acte de sa vie commerciale » (2). L'achat d'un fonds de commerce, même quand il est fait par une personne qui n'est pas encore commerçante, est un acte de commerce.

« Décider autrement, ce serait priver des garanties du droit commercial, ceux qui en ont le plus besoin, ceux qui débutent dans le commerce ; ce serait encore soustraire aux juges de commerce l'application des

(1) Il n'est pas compris dans l'énumération de l'art. 632 du C. comm.

(2) LYON-CAEN et RENAUT, t. I, p. 197.

usages qui règlent les ventes des fonds de commerce (1) ».

Le mineur habilité — même s'il n'a pas encore exercé le commerce — pourra donc acheter un fonds de commerce ; il serait fort singulier de ne pas déclarer commercial l'acte qui permettra à l'acheteur de faire par la suite des opérations commerciales. La jurisprudence de la Cour de cassation est contraire à l'opinion que nous avons admise (2). La Cour de cassation refuse à l'achat d'un fonds de commerce le caractère d'un acte de commerce (Sirey, 1861, I, p. 625 ; *Le Droit*, 10 juin 1870 ; S. 1881, I, 27).

Quant à la vente du fonds de commerce, il résulte des travaux préparatoires de la loi de 1880, que le mineur habilité à faire le commerce, a pleine capacité pour aliéner ses meubles incorporels et par conséquent son fonds de commerce aussi.

L'article 4 de la loi du 27 février 1880 est ainsi conçu :

« Le mineur émancipé au cours de la tutelle, même assisté de son curateur, devra observer, pour l'aliénation de ses meubles incorporels, les formes ci-dessus prescrites à l'égard du mineur non émancipé.

« Cette disposition ne s'applique pas au mineur émancipé par le mariage ».

(1) THALLER, *op. cit.*, p. 62, n° 75.

(2) Opinion admise par la majorité des auteurs. Notamment : par THALLER et LYON-CAEN (Note de M. LYON-CAEN sous Cass. req., 21 août 1882 dans SIREY, 1883, I, p. 113.

Ce second paragraphe a été ajouté par la Commission du Sénat.

A la Chambre des députés, l'opportunité de cette exception n'a pas été contestée, mais la Commission de la Chambre a pensé qu'il pouvait être utile d'assimiler au mineur émancipé par le mariage celui qui est autorisé à faire le commerce. Elle proposa, en conséquence, de rédiger ainsi le second paragraphe de l'article 4 : « Cette disposition ne s'applique pas au mineur émancipé par le mariage, ni au mineur autorisé à faire le commerce. L'un ou l'autre pourra aliéner ses meubles incorporels avec la seule assistance de son curateur ».

Cette proposition donna lieu à une discussion assez vive. En voulant se montrer favorable au mineur autorisé à faire le commerce, on pouvait lui créer des difficultés pratiques qui entraveraient ses opérations.

Un député, M. Durand, combattit l'obligation qu'on voulait imposer au mineur commerçant de se faire assister de son curateur ; une pareille obligation est incompatible avec la célérité des opérations commerciales, et il n'existe aucune raison de déroger au principe posé par l'article 487 du C. civ., qui déclare que le mineur émancipé qui fait le commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce.

L'article fut renvoyé à la commission qui examina les critiques formulées devant la Chambre et proposa de voter l'article tel qu'il avait été adopté par le Sénat, sans faire aucune mention du mineur commerçant.

M. Jozon, rapporteur a fait connaître en ces termes le résultat de l'examen de la commission : « L'article 4 du projet de loi adopté par le Sénat dispense des formalités imposées aux mineurs émancipés par le mariage. La commission avait cru devoir, non sans quelque hésitation, y joindre les mineurs autorisés à faire le commerce. M. Durand a fait valoir les difficultés pratiques qui résulteraient de cette assimilation. La commission, après un nouvel examen, a pensé qu'en effet il y avait quelques inconvénients à soumettre à *certaines formalités générales les actes du mineur commerçant*, et qu'il convenait de faire disparaître de l'article 4, tout ce qui concerne les mineurs autorisés à faire le commerce. Votre commission vous propose donc d'en revenir purement et simplement à l'article tel qu'il a été adopté par le Sénat » (1).

L'article fut voté tel qu'il devait être adopté par le Sénat.

La question s'est posée en jurisprudence.

Le Tribunal civil de la Seine, par arrêt du 3 février 1886, décide que les dispositions de la loi du 27 février 1880 ne sont pas applicables au mineur émancipé autorisé à faire le commerce.

En conséquence, aucune autorisation n'est nécessaire audit mineur pour procéder à la vente du fonds de commerce par lui exploité (*La Loi* du 26 février 1886).

(1) Séance de la Chambre des députés, 12 juin 1879 (*J. off.* du 13 juin 1879).

Dans ses considérants, le Tribunal se base, d'une part, sur ce que la vente d'un fonds de commerce constitue un acte de commerce et, d'autre part, sur ce qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 27 février 1880 que les dispositions de ladite loi ne sont pas applicables au mineur émancipé, autorisé à faire le commerce.

Dans la pratique il surgit une difficulté. En effet, en vertu de l'article 76 du C. de comm., les agents de change ont seuls le droit de faire les négociations des effets publics et autres (actions, obligations, etc.) susceptibles d'être cotés. L'agent de change, craignant d'engager sa responsabilité, est porté à exiger au cas où il s'agit de la vente des valeurs mobilières d'un mineur — fût-il commerçant — l'accomplissement des formalités prescrites pour les mineurs émancipés en général, comme si la vente n'était pas relative au commerce du mineur. Ceci nuit beaucoup, il faut le reconnaître, à la célérité que ces ventes exigent. La valeur des titres est en effet variable et le cours de la Bourse peut changer d'un moment à l'autre. Aussi on a essayé de tourner la difficulté en faisant constater par un acte notarié l'emploi de la somme provenant de la vente. En ce cas, la vente pourrait être effectuée en temps voulu, dans les conditions désirées par le mineur, et d'autre part, la responsabilité de l'agent se trouvera hors de cause. Mais ce moyen n'est pas au-dessus de toute critique. Il entraîne des frais et des

lenteurs et en outre il n'est pas toujours possible à raison de la multiplicité des opérations en vue desquelles un mineur commerçant veut vendre ses titres (1).

§ IV. — Le mineur commerçant peut-il cautionner la dette d'autrui ?

Le mineur commerçant s'oblige valablement pour tout ce qui est relatif à son commerce. Lorsque les besoins de son commerce l'exigeront, il pourra donc s'obliger non seulement dans son propre intérêt, mais aussi dans l'intérêt des tiers en devenant leur caution. Ceci arrive quand le mineur endosse, pour les besoins de son commerce, une lettre de change ou un billet à ordre. Il se rend caution solidaire du paiement de l'effet, mais il fait en même temps, dans son intérêt propre, une opération commerciale. Il pourrait donner le cautionnement même dans une forme civile, pourvu qu'il soit relatif à son commerce. Mais le mineur commerçant ne pourrait cautionner une dette même commerciale, si cette dette est étrangère à son commerce particulier. Un arrêt du Parlement de Dijon, du 28 juillet 1604, prescrit qu'un marchand mineur qui avait cautionné un autre marchand, quoique pour marchandises, est déchargé de son cautionnement, « parce qu'il

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, p. 242.

(2) *Sur l'Ordonnance de 1673*, art. 6.

ne suffit pas, dit Jousse (1), que le mineur s'oblige pour marchandises quand elles sont pour le compte d'autrui ; mais il faut qu'il s'oblige pour le fait de son commerce ».

Valin (2) s'exprime de la sorte : « Lorsque le mineur, émancipé ou non, est commerçant, ou qu'il exerce un art ou un métier, tous les engagements qu'il contracte relatifs à son commerce où à son métier, sont valables sans espérance de restitution pour cause de lésion ». Et plus loin : « Mais il s'engage pour autre chose que pour son commerce, il est restituable, comme il se soumet caution pour autrui, quoique pour fait de commerce, parce qu'en cela *suum negotium non geris* ».

Basnage (3), se demande : quand un mineur peut cautionner. Et il répond de la façon suivante : « A l'égard du mineur, l'on a fait cette question, si un mineur qui ferait marchandise, cautionnerait un autre marchand pour de la marchandise qu'il aurait acheté, serait restituable contre ce cautionnement ?

La raison de douter est, que le mineur faisant marchandise, peut, l'obliger sans espérance de restitution, pour tout ce qui concerne son commerce. On allègue au contraire, que cette maxime n'est véritable que quand il achète des marchandises pour son propre compte, mais il n'en est pas de même lorsqu'il s'oblige pour un autre et que *suum negotium non gerit* : en

(1) Sur l'article 6 de l'Ordonnance de 1673.

(2) *Commentaire de la Coutume de La Rochelle*, p. 611, année 1761.

(3) *Des hypothèques*, part. II, ch. II, p. 101.

l'un, il peut y avoir du profit, en l'autre, il ne peut y avoir que de la perte ».

Le mineur n'est réputé majeur que pour les actes relatifs au commerce qu'il exerce; sa capacité par rapport aux actes d'une autre nature, se réduit donc à celle d'un mineur émancipé. Il ne pourra donc pas prendre un engagement excédant les pouvoirs résultant d'une simple émancipation, si cet engagement était étranger à son commerce. Par conséquent, il ne pourrait valablement se porter caution d'un tiers par pur esprit de bienfaisance.

§ V. — Capacité pour contracter une société.

Le mineur autorisé à faire le commerce est-il par cela même autorisé à s'associer avec un tiers.

Tout d'abord il faut laisser de côté le cas où l'autorisation aurait été donnée d'une façon limitée. La restriction expresse imposée au mineur de faire le commerce seul, devra être respectée par lui. La question qu'il faut résoudre est celle de savoir, cette restriction n'étant pas expresse, si elle résulte implicitement de la nature même de l'autorisation.

M. Delangle (1) se prononce pour l'affirmative. « L'autorisation, dit-il, est un mandat, et à ce titre, elle ne peut être étendue au-delà de ses termes. C'est pour faire un commerce déterminé et pour le faire

(1) DELANGLE, *Des Sociétés commerciales*, t. I, n° 58.

seul que le mineur reçoit de sa famille la capacité qui manque ; il ne peut pas aller au-delà.

Lui reconnaître le droit de s'associer à son gré, même pour son commerce, c'est le laisser tout entier aux dangers que l'inexpérience entraîne. Rien n'est plus difficile que le choix d'un associé. Un mineur ne suffit pas à cette étude. Ignorant de tout et sans défiance, comme on est quand la vie commence, il n'éviterait aucun des pièges tendus à sa bonne foi, si sa famille ne se plaçait près de lui pour guider ses pas.

C'est donc à la famille qu'il appartient de décider s'il convient d'ajouter au mandat qu'elle a donné précédemment un mandat nouveau. Le mineur émancipé n'a pas plus le droit de contracter une société sans y être spécialement autorisé, que de faire le commerce contre la volonté de la famille dont il dépend ».

D'après M. Vavasseur (1) l'autorisation générale de faire le commerce ne saurait habiliter le mineur à contracter une société commerciale en nom collectif ; tout au plus pourrait-il prendre une part dans une société en commandite, dont l'objet rentrerait dans le cercle de ses opérations commerciales. Dans ce dernier cas, il ne risque pas à répondre sur tous ses biens des dettes d'autrui ; l'acte n'a pas le même caractère de gravité pour le mineur. En effet, il ne peut pas être obligé dans ce cas par les actes de ses

(1) *Traité de Sociétés civiles et commerciales*, t. I, p. 44.

coassociés ; les commanditaires ne peuvent faire des actes de gestion (art. 27 et 28 C. de comm.).

Certains auteurs reconnaissent au mineur commerçant la capacité de contracter toute espèce de société.

Sans doute, dit Beslay (1), la formation d'une société est une des opérations délicates de la vie commerciale ; mais il faut avouer que la vie commerciale toute entière se compose d'une suite d'opérations dont un grand nombre sont plus délicates et plus périlleuses encore que le choix d'un associé. Le choix d'un associé est difficile ; mais le choix d'un emprunteur, d'un acheteur, d'un commissionnaire, d'un dépositaire n'offre-t-il pas de dangers ?

A cela on peut répondre que l'acte de s'associer à un tiers en nom collectif est d'une gravité exceptionnelle, car le mineur risque de répondre sur tous ses biens des dettes d'autrui. Les parents, en donnant autorisation au mineur, ont dû penser qu'il l'exercera dans les conditions ordinaires, c'est-à-dire seul. Par conséquent, nous croyons qu'une autorisation spéciale des parents serait nécessaire au mineur habilité à faire le commerce qui voudrait conclure une société en nom collectif avec un tiers ; au contraire, l'autorisation générale lui suffirait pour devenir simple commanditaire.

(1) *Op. cit.*, p. 271, n° 227.

§ VI. — Capacité du mineur commerçant d'engager et d'hypothéquer ses immeubles ; conditions requises pour les aliéner (Art. 6 C. comm.).

L'article 6 du Code de commerce français autorise le mineur à aliéner ou hypothéquer ses immeubles pour les besoins de son commerce, à la condition pour l'aliénation d'observer les articles 437 et suivants du Code civil. L'article 6 du Code de commerce est ainsi conçu :

« Les mineurs marchands autorisés, comme il est dit ci-dessus, peuvent engager ou hypothéquer leurs immeubles.

» Ils peuvent les aliéner, mais en suivant les formalités prescrites par les articles 487 et suivants du Code civil ».

La question du droit de disposition à l'égard des immeubles se posait déjà sous l'empire de l'ancien droit, et elle avait fait naître des doutes.

Sur ce point, d'ailleurs, plusieurs systèmes se sont trouvés en présence. On distinguait suivant que l'aliénation de l'immeuble n'avait été faite par le mineur que sur la simple promesse d'employer le prix dans son commerce, ou que le mineur avait aliéné ou cédé l'immeuble pour demeurer quitte du prix de la marchandise qu'il devait à l'acquéreur ou qui lui était vendue par le même contrat. Dans le premier cas, on admettait le mineur à se faire restituer contre la vente, à moins

que l'acquéreur ne prouvât que le mineur en avait employé le prix dans son commerce, conformément à sa promesse. Dans le second cas, au contraire, on tenait l'aliénation pour légitime, parce que le mineur, étant réputé majeur pour le fait de son commerce, devait pouvoir disposer de son bien pour ce même commerce (1).

Jousse disait à cet égard : « Il y a plus de difficulté à savoir si les marchands et banquiers mineurs peuvent vendre leurs immeubles, pour en employer le prix au fait de leur commerce. Il concluait en ces termes : « Il est cependant plus *prudent*, dans ce cas d'aliénation d'immeubles, de prendre les précautions dont on use ordinairement avec les mineurs, en faisant autoriser cette aliénation par le tuteur ou dans une assemblée de famille ». Aucune loi n'interdisait au mineur commerçant d'aliéner ou d'hypothéquer ses immeubles, et il fallait par conséquent lui reconnaître ce droit. Mais il fallait s'assurer que ces actes étaient faits dans l'intérêt du commerce du mineur (2).

Lors de la rédaction du Code de commerce, on hésita sur le parti qu'il fallait prendre. Dans la discussion devant le Conseil d'État, on se préoccupa des dangers que présentait le droit de disposer des immeubles, et on proposa de le réduire au seul droit d'hypothéquer.

(1) MASSÉ, *op. cit.*, p. 235.

(2) BORNIER, *Praticien des juges et consuls*, p. 17.

Le principe de la capacité fut admis ; non pas celui de la capacité pleine et entière, car pour l'aliénation on exige l'assistance du curateur, la délibération du conseil de famille homologuée par justice et la vente aux enchères.

C'est Béranger, qui défendit devant le Conseil d'État le principe de la liberté ; il fit observer que, si l'on ne donnait pas au mineur la capacité du majeur, on tombait dans l'alternative suivante : « Ou il faudra déclarer les immeubles du mineur négociant absolument inaliénables, et alors il ne pourra dégager sa personne tant qu'il sera mineur, tandis qu'à sa majorité les biens deviendront saisissables, et qu'ainsi la cause de l'aliénabilité se reportera au temps de la minorité sans avoir profité au débiteur ; ou bien il faudra n'autoriser l'aliénation que quand la nécessité sera justifiée, et alors le mineur obligé de prouver qu'il est obéré, se trouve, pour ainsi dire, constitué en faillite ; il perd son honneur et son crédit. Il convient donc, ou de lui interdire le commerce, ou de lui accorder la disponibilité illimitée de ses biens » (1).

On opposait à ces arguments la crainte que la vente ne fut consentie à vil prix ; à cela Béranger répondit qu'un négociant a avantage même à vendre à vil prix, si les sacrifices qu'il fait l'empêchent de faire faillite. Il n'y avait, en outre, aucune raison sérieuse de refuser

(1) LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et universelle de la France*, t. XVII, p. 137.

au mineur le droit d'hypothéquer ou d'aliéner. En ce qui concerne l'hypothèque, elle est la conséquence forcée d'engagements que le mineur est en droit de souscrire. Supposons en effet une lettre de change ou un billet à ordre impayés. Le créancier n'a qu'à prendre jugement contre le mineur, et l'hypothèque judiciaire va se trouver constituée sur tous ses biens.

Par conséquent, il est inutile de refuser au mineur le droit de consentir amiablement une sûreté qui sera toujours obtenue contre lui, par un jugement qui entraînera un supplément de frais. Il est bien plus simple et bien plus avantageux pour le mineur de l'autoriser à hypothéquer directement et volontairement ses propriétés. Il en est de même de l'aliénation, puisqu'un créancier ayant obtenu un jugement pourra exercer des poursuites qui aboutiront au besoin à l'expropriation forcée des immeubles du mineur. Aussi le principe de capacité fut-il admis. Mais fallait-il déclarer le principe de la capacité pleine et entière, ou entourer l'accomplissement de certaines garanties ? On proposa l'intervention du conseil de famille. Berlier trouvait étrange qu'un individu fût déclaré majeur et qu'en même temps il ne pût faire certains actes qu'avec l'assistance du conseil de famille.

« Ce caractère équivoque, disait-il, répugne à la raison, car le même individu ne peut être à la fois majeur et mineur, et quand le conseil de famille l'a jugé digne de se livrer à des entreprises qui peuvent

indéfiniment engager sa fortune entière, comment peut-on lui contester la faculté, bien moins importante, de transiger sur les immeubles comme le majeur ? D'ailleurs, en empêchant le mineur d'aliéner, on ne peut empêcher les créanciers, hypothécaires en vertu d'un jugement, de poursuivre l'expropriation des biens. Cette expropriation, que le mineur arrêterait par une vente volontaire, il ne pourra la prévenir qu'en recourant à des emprunts mauvais ou à d'autres ressources onéreuses, et il sera ruiné pour n'avoir pu disposer de son bien. En un mot, c'est sans doute une résolution fort délicate que d'autoriser un jeune homme de 18 ou 20 ans à faire le commerce, mais il ne faut pas vouloir retenir partiellement en tutelle celui qui en a été dégagé dans de telles vues » (1).

Ces considérations, malgré leur gravité, ne déterminèrent pas le législateur. Jaubert fit remarquer qu'il est impossible de regarder le mineur qui fait le commerce, comme jouissant de toutes les capacités du majeur. L'espèce de majorité dont il jouit, est une pure faveur de la loi et, par conséquent, le législateur pouvait la restreindre dans telles limites qu'il lui convenait.

L'article 6 du Code de commerce fut rédigé comme il l'est actuellement : le mineur commerçant peut engager et hypothéquer ses immeubles, seul et sans autorisation ; mais sa liberté est restreinte quant à l'aliénation.

(1) LOCRÉ, *op. cit.*, t., XVII p. 439,

Ainsi le législateur établit une distinction entre l'aliénation et l'hypothèque (1). Cette distinction est-elle logique ?

Certains auteurs l'admettent, en argumentant des différences qui existent entre la constitution d'une hypothèque et l'aliénation d'un immeuble. On trouve trois différences : 1° L'hypothèque est un droit accessoire, elle suit naturellement le sort de la créance pour sûreté de laquelle elle est constituée, tandis que l'aliénation d'un immeuble est un acte principal et indépendant de tout autre ; 2° L'hypothèque est un élément de crédit ; elle peut seule permettre au mineur commerçant de se procurer des fonds immédiatement, pour un besoin urgent, une nécessité imprévue. Il en serait tout autrement de l'aliénation d'un immeuble ; car une semblable aliénation exige toujours de longs délais, des formalités compliquées, et ne peut jamais s'accomplir instantanément.

Si donc le mineur commerçant se trouve contraint d'y avoir recours, il aura toujours le temps d'accomplir les formalités requises par la loi et il n'y avait dès lors aucune raison de l'affranchir à cet égard des dispositions du droit commun.

3° Enfin l'aliénation dépouillerait immédiatement et irrévocablement le mineur de la propriété de son immeuble, tandis que l'hypothèque ne l'en dépouille

(1) D'après l'art. 2124 C. civ. Celui-là seul peut hypothéquer qui est capable d'aliéner,

pas actuellement ; elle lui laisse la possibilité de le conserver (1).

Mais ces raisons ne sont pas décisives. Est-il vrai que l'aliénation soit un acte plus grave que l'hypothèque ? C'est plutôt l'idée contraire qui est juste. L'aliénation a pour effet le dessaisissement complet, absolu, irrévocable de la propriété. Le mineur qui consent à aliéner perd sa propriété et il y a un aversissement suffisant pour lui, dans les conséquences même de l'aliénation. La portée de l'acte auquel il consent lui apparaît toute entière ; la gravité de cet acte ne peut lui échapper. La constitution d'hypothèque se présente avec des apparences plus rassurantes ; mais, en réalité, elle a des conséquences plus graves que l'aliénation même « Le mineur qui consent une hypothèque n'a pas d'ordinaire cette pensée que l'hypothèque conduira à l'aliénation ; il emprunte avec le dessein de rembourser ; l'heure du remboursement venue, il n'a pas les fonds, et il emprunte à nouveau. Le fonds tombe d'emprunts en hypothèque, d'hypothèque en saisie, et de saisie en vente judiciaire. La ruine du mineur s'opère lentement, peu à peu sans que le calme d'une sécurité trompeuse soit troublé » (2).

(1) BRAVARD, VEYRIÈRES et DEMANGEAT, *op. cit.*, p. 90.

(2) BESLAY, *op. cit.*, p. 505. Ces raisons ont inspiré la loi *Julia*, d'après laquelle le mari pouvait aliéner la dot de la femme avec le consentement de celle-ci ; il ne pouvait pas l'hypothéquer. Par une raison analogue, la donation des biens à venir est défendue. On a voulu que les donateurs

Cette distinction entre l'aliénation et l'hypothèque est peut-être un reste des anciennes idées sur l'importance exceptionnelle des immeubles dont on ne permettait que difficilement l'aliénation (1). Elle n'est pas logique, comme nous venons de le voir, et de plus elle n'est pas du tout favorable aux intérêts du mineur. Celui-ci peut être obligé de vendre ses immeubles pour payer ses créanciers hypothécaires ; la publicité des formalités requises pour l'aliénation nuira certainement à son crédit, alors que son intérêt serait d'opérer cette aliénation sans bruit pour ne pas révéler aux tiers sa situation critique. Parmi les législations étrangères, le Code italien, dans son article 11 et le Code roumain (article 12), se sont laissés convaincre par ces considérations, et ils reconnaissent au mineur commerçant la capacité de vendre ses immeubles sans aucune autorisation.

Nous allons maintenant analyser les dispositions de l'article 6 du C. de comm. français.

L'article 6 accorde aux mineurs commerçants la faculté d'*engager* et d'*hypothéquer* leurs immeubles. Le mot *engager* vise l'*antichrèse* et le droit des créanciers du mineur de poursuivre leur paiement sur ses immeubles, sans discuter préalablement ses meubles, conformément à l'article 2206 C. civ. L'article 2206 du

connaissent la perte qu'ils vont faire et qu'ils fussent moins faciles à se dépouiller.

(1) *A contrario : res mobilis, res vilis.*

C. civ. déclare que les immeubles d'un mineur même émancipé, ne peuvent être mis en vente avant la discussion du mobilier. La généralité des termes de l'article 2206 semble embrasser tous les mineurs, dans quelque situation qu'ils puissent se trouver. Il en résulterait que les créanciers commerciaux seraient tenus de discuter le mobilier du mineur commerçant avant de mettre les immeubles en vente. Mais une telle opinion est inadmissible. Elle est contraire à l'article 487 du C. civ. et 2 du C. de comm.; elle diminue les moyens de crédit du mineur commerçant. Par conséquent les créanciers commerciaux ne seront pas obligés, avant de mettre les immeubles en vente, de discuter le mobilier, comme dans le cas où il s'agissait des biens d'un mineur émancipé ou non émancipé, non autorisé à faire le commerce. Les créanciers civils seuls seront tenus de faire cette discussion préalable. C'est là une conséquence de ce que le mineur commerçant est réputé majeur pour tous les faits relatifs à son commerce.

La capacité d'engager et d'hypothéquer ses immeubles est une conséquence naturelle de ce qu'il est considéré comme majeur, et de ce que, pouvant emprunter, il doit pouvoir contracter tous les engagements accessoires, sans lesquels il ne pourrait parvenir à réaliser l'engagement principal. Mais cette capacité n'existe que pour les actes relatifs à son commerce. Ici encore se pose, par conséquent, la question de la preuve de la commercialité de l'acte.

La commercialité de l'emprunt doit-elle être présumée ?

D'après Bédarride (1), les actes authentiques conférant hypothèque ne sont pas régis par l'article 638. Il n'est pas indispensable que les actes renferment la déclaration que le mineur agit pour son commerce, mais il faut de toute nécessité qu'ils aient réellement cette cause, car ce n'est qu'à cette condition qu'ils auront été valablement souscrits. Donc, que la cause commerciale y soit ou non exposée, il suffit que le mineur la dénie pour que le créancier soit tenu d'en justifier l'existence et la réalité. Cela résulte de la discussion à la séance du 25 novembre 1806, où il a été dit formellement par l'archichancelier Cambacérès que ce sera au créancier à prouver que les immeubles ont été hypothéqués pour faits de commerce, et que le créancier aura soin de se ménager cette preuve, en prenant les précautions nécessaires pour établir l'origine de la créance (2). Il faudrait que le prêteur prît la précaution dont Savary donne la nomenclature en ces termes : « Le prêteur doit voir si celui qui veut emprunter est établi dans quelque boutique ou magasin ; lui faire déclarer par le contrat que l'argent est pour l'employer en achats de marchandises pour en faire le commerce dans sa boutique ou magasin ;

(1) *Commentaire du Code de commerce : Des commerçants*, p. 499, n° 466.

(2) LOCRÉ. t. XVII, p. 439.

l'obliger d'en rapporter les quittances de l'emploi de ceux qui lui auront vendu ces marchandises (1).

Cette opinion est combattue par d'autres auteurs qui invoquent surtout les besoins de célérité du commerce. Mettre la preuve à la charge des créanciers, ce serait imposer une gêne très grande au prêteur et le faire détourner du prêt. Les renseignements à prendre seraient longs et difficiles, ce qui ne serait guère compatible avec la célérité nécessaire aux affaires commerciales.

Mais ces objections n'arrêtent pas les partisans de la première opinion, qui trouvent toutes les précautions énoncées nécessaires.

« Toutes ces précautions, dit Bédarride (2), sont sans doute peu compatibles avec la rapidité qu'exigent les opérations commerciales. Mais il ne faut pas perdre de vue que nous sommes en matières exceptionnelles, et que la loi qui, tout en permettant le commerce au mineur de 18 ans, ne s'est pas dissimulée qu'on ne pouvait attendre de lui autant de maturité et de sagesse que d'un homme de 30 ans, devait le protéger efficacement contre sa propre faiblesse, contre l'avidité de ceux qui spéculeraient sur l'entraînement de son âge. D'ailleurs, un prêt hypothécaire n'est guère dans les usages du commerce. On pourrait donc exiger, à son endroit, ce qu'on n'exigerait pas dans une opération purement commerciale ».

(1) *Le parfait négociant*, t. I, p. 285.

(2) *Op. cit.*; *loc. cit.*

Mais l'opinion qui tend à l'emporter est celle qui présume la commercialité de l'emprunt. Il est admis sans difficulté que l'auteur du prêt n'est pas obligé, comme le voulait Savary, de surveiller l'emploi des fonds. Une fois que l'emprunt est constaté avoir été fait pour le commerce, peu importe que le mineur ait donné une autre destination aux fonds prêtés (1).

Peu importe aussi la forme dans laquelle l'engagement a été souscrit. Le mineur est réputé majeur pour les actes relatifs à son commerce, il doit être dans la même condition que tout commerçant et, par suite, on suppose naturellement que ses actes sont relatifs à son commerce, quelle que soit la forme employée (2).

L'hypothèque légalement et régulièrement consentie produit contre le mineur commerçant le même effet qu'elle aurait contre un commerçant majeur. Le créancier pourra donc, en cas de non paiement à l'échéance et après avoir rempli les formalités voulues par la loi, saisir et faire vendre les immeubles affectés à sa créance. Nous avons établi que l'article 2206 C. civ. ne serait pas applicable.

En ce qui concerne l'aliénation des immeubles, l'article 6 C. de comm. renvoie aux articles 457 et suivants du C. civ. Il faudra donc que le mineur assisté de son curateur obtienne l'autorisation du

(1) BOISTEL, n° 87 *in fine*, p. 66.

(2) En ce sens : LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I, p. 247.

conseil de famille et que le tribunal de première instance (trib. civ.), accorde l'homologation de la délibération du conseil de famille. Ainsi, non seulement l'aliénation devra être motivée par les besoins du commerce, mais il faudra encore que les formes prescrites pour le mineur ordinaire par les articles 457 et suivants du C. civ. soient observées.

Conformément à l'article 459 C. civ., la vente doit se faire publiquement, aux enchères, après certaines conditions de publicité.

L'article 457 du C. civ., après avoir prescrit la nécessité de l'autorisation du conseil de famille, ajoute dans un second alinéa que cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident. On a soutenu (1) que l'article 6 du C. de comm. se référant aux articles 457, 458 et 459 du C. civ., impose au mineur la nécessité de remplir toutes les formalités exigées par ces articles, et que le second alinéa de l'article 457 n'est plus une simple formalité, qu'elle impose au contraire une condition de fond. On en conclut — dans cette opinion — que l'article 6 ne renvoyant aux articles 487 et suivants que pour les formalités exigées par ces articles, le mineur commerçant peut être autorisé à vendre ses immeubles, encore qu'il n'y ait une nécessité absolue, ni un avantage évident.

(1) Opinion de M. RATAUD, à son cours; mentionnée par M. BESLAY, *op. cit.*, p. 502.

Disons tout de suite que la question ne présente nullement de l'importance *en droit*. En effet, c'est le conseil de famille qui apprécie en fait, s'il y a ou non nécessité absolue ; c'est lui qui a le soin de déterminer le caractère de la nécessité, la question de savoir si elle est absolue ou si elle ne l'est pas. La disposition de l'article 457 est très rigoureuse dans ses termes, mais assez élastique en fait et le conseil de famille sera toujours disposé à trouver absolue la nécessité sur laquelle il se fondera pour autoriser l'aliénation.

Il ne doit accorder l'autorisation qu'en cas de nécessité absolue ; mais cette formule est assez large pour comprendre tous les cas dans lesquels un commerçant peut avoir besoin d'aliéner ; d'autant plus que pour un commerçant la nécessité se présentera plus fréquemment et elle aura un caractère plus impérieux.

De ce que l'article 6 emploie le mot *formalités* il ne s'ensuit nullement que le législateur aurait voulu écarter les conditions de fond des articles auxquels il renvoie.

Rien dans la discussion au Conseil d'État, ni dans l'exposé des motifs présenté au corps législatif, n'indique que le législateur aurait eu cette intention.

Nous venons d'examiner les conditions nécessaires pour l'aliénation volontaire des biens du mineur commerçant. Cependant, de ce que le mineur commerçant ne peut aliéner ses biens que sous certaines conditions

et en remplissant certaines formalités, il ne s'en suit pas que ses créanciers civils ou commerciaux, dont ses biens sont le gage (art. 2093 C. civ.), ne puissent faire vendre qu'en recourant aux mêmes formalités préalables.

§ VII. — Le mineur autorisé conformément à l'article 3, a-t-il par cela même la capacité d'hypothéquer.

Le mineur autorisé conformément à l'article 3 du C. de comm., a-t-il pour l'acte de commerce qu'il est autorisé spécialement à faire la même capacité que pour les actes qui se rattachent à sa profession quand il est commerçant ? Pourra-t-il, en sûreté d'une obligation commerciale, constituer une hypothèque en vertu de l'article 6 du C. de comm. L'opinion des auteurs est partagée sur ce point.

D'après MM. Bravard et Demangeat (1), l'article 6 n'est applicable qu'aux mineurs commerçants et un mineur autorisé à faire un acte isolé de commerce n'est pas commerçant. L'article 6 est une disposition exceptionnelle, la faculté qu'on a accordé aux mineurs commerçants d'hypothéquer est une anomalie commandée par les nécessités du commerce et par les besoins du crédit ; s'il avait été privé de cette faculté, le mineur commerçants n'aurait pu lutter sans désavantage contre ses concurrents. Quand il s'agit d'un

(1) *Op. cit.*, p. 93 ; — Même opinion : COISTEL, *op. cit.*, n° 99.

mineur non commerçant, toutes ces considérations sont inapplicables, et, dès lors, il n'aurait pas la faculté d'hypothéquer. En outre, le mineur devant pour chaque acte de commerce demander une autorisation spéciale, n'aurait qu'à demander en même temps l'autorisation de constituer une hypothèque pour en garantir l'exécution. Il n'y aurait donc aucune raison ni en droit ni en fait de s'écarter des termes de l'article 6 et de reconnaître à d'autres qu'aux mineurs commerçants la faculté de consentir des hypothèques sur leurs immeubles.

Cette opinion est combattue par Beslay (1).

En effet, les conditions requises pour que le mineur puisse faire un acte de commerce étant exactement les mêmes que s'il voulait exercer le commerce, on en conclut que sa capacité ne doit pas être moins étendue dans un cas que dans l'autre. Le mineur doit avoir à sa disposition tous les moyens nécessaires pour mener à bonne fin son entreprise et la constitution d'hypothèques peut être un de ces moyens (2).

L'autorisation de constituer l'hypothèque ne serait pas aussi facile à obtenir comme on le soutient dans l'opinion précédente; elle peut émaner de personnes différentes à celles qui accordent l'autorisation de faire l'acte de commerce. L'autorisation de faire des actes de commerce est donnée, d'après l'article 2 du C. de

(1) *Op. cit.*, p. 497.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, p. 249.

comm., par le père ou par la mère, et l'autorisation de constituer l'hypothèque ne peut être accordée au cas où l'un des époux fait défaut, que par le conseil de famille. Le mineur devra d'abord demander à son père ou à sa mère l'autorisation de faire l'acte de commerce et ensuite demander au conseil de famille l'autorisation de constituer hypothèque. Et il ne serait pas impossible que le conseil de famille se trouve en conflit avec le parent, et que le mineur autorisé par l'un à faire acte de commerce ne soit pas autorisé par l'autre à constituer l'hypothèque.

Il est vrai que les termes de l'article 6 ne cadrent pas parfaitement avec le cas de l'art. 3, mais les travaux préparatoires nous en donnent l'explication. L'article 3 fût rédigé postérieurement à l'article 6.

Lorsque l'un discuta l'article 6, on ne prévoyait que deux situations pour le mineur, celle du commerçant et celle de non-commerçant ; on ne prévoyait pas le cas spécial où le mineur, faisant acte de commerce isolé, ne serait pas commerçant. Plus tard, sur les observations présentées par le Tribunat dans la séance du 5 mai 1807, on trouva juste de distinguer deux cas : celui du mineur faisant le commerce, celui du mineur faisant un acte isolé de commerce, Comme on le voit, la rédaction de l'article 6 a précédé la rédaction de l'article 3 et l'argument de texte sur lequel repose le système précédent disparaît.

Le mineur autorisé conformément à l'article 3 aura

la capacité de constituer une hypothèque en sûreté de l'obligation commerciale qu'il contracte.

§ VII. — Si le mineur commerçant peut faire la cession volontaire ou judiciaire de ses biens ; s'il peut consentir un concordat par abandon d'actif.

Le mineur émancipé, autorisé à faire un commerce, peut-il faire la cession des biens ? On distingue la *cession volontaire* et la *cession judiciaire*.

La *cession volontaire* a lieu lorsqu'un débiteur fait à ses créanciers, à titre de forfait, la cession de tout ou partie de ses biens, pour devenir quitte envers eux, alors même que les créanciers ne seraient pas acquittés dans l'intégralité de leurs créances.

Quant à la *cession judiciaire*, elle est faite en partie par un débiteur malheureux et de bonne foi pour arrêter les poursuites de ses créanciers. Avant la loi de 1867, elle avait pour effet d'arrêter au débiteur la contrainte par corps

Suivant l'article 487 du C. civ., le mineur qui fait un commerce est réputé majeur par le fait relatif à son commerce. Mais l'article 6 du C. de comm. pose une restriction : il ne peut aliéner ses immeubles qu'en suivant les formalités prescrites par l'article 457 et suivant du C. civ.

Ainsi, en supposant un mineur commerçant dont les affaires sont en déclin, qui posséderait des immeubles, il sera incapable de la *cession volontaire*. Abandonner

ou céder ses immeubles, serait les aliéner, et pour les aliéner la loi prescrit des formalités qui sont incompatibles avec la cession de biens volontaire.

Il y a encore une autre raison. Le mineur qui abandonne ses biens à ses créanciers, les cède indistinctement pour se libérer tant de ses dettes commerciales que pour s'acquitter de ses dettes purement civiles. Or, nous l'avons déjà dit, sa personnalité est double. Majeur, quant aux engagements commerciaux, il n'est qu'un mineur émancipé quand il s'agit des actes civils. Il peut transiger sur des affaires de commerce, mais il ne peut transiger sur son état, sur l'abandon de ses biens, de toutes ses actions mobilières et immobilières. Cette capacité n'appartient qu'à la majorité absolue.

Voyons maintenant si le mineur commerçant est *capable de la cession judiciaire*. Aux termes de l'article 572 du C. de comm., la vente de ses biens immeubles se fait avec des formalités publiques et judiciaires qui équivalent à celles exigées par le C. civ. pour l'aliénation des biens de mineurs. Le mineur commerçant est sans capacité pour faire un contrat d'abandon volontaire, mais avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par le Tribunal, il peut faire la cession judiciaire de tous ses biens comme le majeur lui-même (MAGNIN, *Traité des minorités, tutelles et curatelles*, t. I, p. 636, n° 807; — FRÉMINVILLE, *Traité de la minorité et de la tutelle*, t. II, p. 429, n° 1007.

De ce que le mineur ne peut faire la cession volon-

taire il ne s'ensuit nullement qu'il ne pourrait pas conclure un contrat par *abandon d'actif*, en cas de cessation de paiements.

Disons tout d'abord que la faillite du mineur commerçant est régie par les mêmes règles et soumise aux mêmes effets que celles des commerçants majeurs. La faillite est une suite des engagements commerciaux; et comme, pour ces engagements, le mineur est réputé majeur, il doit subir toutes les conséquences actives et passives de la capacité exceptionnelle qui lui est attribuée.

Le concordat, *par abandon d'actif*, est un traité par lequel les créanciers font remise au failli de toutes ses dettes moyennant l'abandon de tous ses biens. C'est la loi du 17 juillet 1856 qui introduisit dans nos lois ce contrat, en ajoutant quatre alinéas à l'article 541 du C. de comm. L'article 541 présente ce contrat comme une exception à la règle que les débiteurs commerçants ne peuvent être admis à faire cession de biens. Mais cela n'est pas exact; ces deux institutions, la cession de biens et le concordat par abandon d'actif, n'ont aucune analogie entre elles; le concordat par abandon d'actif emporte remise de toutes les dettes, ce qui n'a pas lieu en cas de cession de biens. L'article 1270 du C. civ. dit en effet qu'il ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés; et, dans le cas où ils auraient été insuffisants, s'il lui en survient d'autres, il est obligé de les abandonner jusqu'au parfait paiement.

Le concordat par abandon d'actif a un caractère mixte : il tient à la fois de l'union et du concordat simple. D'une part, le concordat par abandon ressemble au concordat simple, en ce que les créanciers consentent à faire remise au débiteur de ce qu'ils ne pourront pas toucher du montant de leurs créances sur le prix des biens. D'autre part, la famille n'est pas mise à la tête de ses affaires ; ses biens sont administrés par les syndics. Aux termes de l'article 541, la liquidation de l'actif est faite conformément aux paragraphes 2, 3, 4 de l'article 529, aux articles 532, 533, 534, 535 et 536 et aux paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 537.

On procède donc à la vente de ses biens conformément aux règles de *l'union*.

Nous avons admis d'une part que les règles de la faillite du mineur commerçant ne diffèrent en rien des règles admisss pour le majeur. D'autre part, le concordat par abandon diffère de la cession de biens, malgré la confusion que commet la loi de 1856. En outre, les formalités exigées en cas d'union pour les ventes de biens de faillis (renvoi de l'art. 541) qui sont poursuivis par les créanciers hypothécaires ou privilégiés sur saisie, sont une garantie suffisante des droits du mineur. Pour ces motifs, nous croyons qu'un mineur commerçant a pleine capacité pour conclure un concordat par abandon d'actif.

§ IX. — Le mineur commerçant a-t-il la requête civile ?

La requête civile est une voie extraordinaire de

rétractation ouverte dans les cas exceptionnels déterminés par la loi contre les jugements et arrêts contradictoires rendus en dernier ressort par les tribunaux de première instance et les Cours d'appel et contre les décisions par défaut rendues aussi en dernier ressort à l'égard desquelles l'opposition n'est plus recevable (art. 480 et 481 C. proc. civ.).

L'article 481-1° dit que l'Etat, les communes, les établissements publics et les *mineurs* sont encore reçus à se pourvoir s'ils n'ont été défendus ou s'ils ne l'ont été valablement.

Ainsi le mineur peut agir en requête civile dans trois cas : 1° s'il n'a pas été défendu ; 2° s'il n'a pas été valablement défendu ; 3° s'il a été mal défendu.

Le mineur n'aura pas été défendu, quand il aura figuré lui-même dans l'instance au lieu d'y être représenté par son tuteur ; quand le tuteur aurait fait défaut : peu importe que le ministère public ait été entendu, car il l'a été comme partie jointe et, malgré sa présence le mineur, n'a pas été défendu.

Le mineur n'aura pas été valablement défendu, quand le tuteur a négligé de produire des pièces décisives ou d'invoquer un moyen de forme ou de fond qui était de nature à influencer sur le jugement.

Quant à former la requête civile sous prétexte qu'il a été mal défendu, ce droit ne lui est pas formellement accordé par l'article 481, mais il ne fait pas de doute, car il était admis couramment sous l'Ordonnance de

1667 dont l'article 481 reproduit textuellement la disposition (1).

On a contesté que la requête civile serait admise contre les jugements des tribunaux de commerce rendus en dernier ressort (2). Mais il est plus exact d'admettre la requête civile contre les jugements en dernier ressort des tribunaux de commerce (3).

Le mineur commerçant — habilité en due forme, conformément à l'article 2 du C. de comm. — ne pourrait former une requête civile contre un jugement rendu sur une contestation concernant son commerce, en prétendant qu'il n'a pas été défendu ou qu'il ne l'a pas été valablement en vertu de l'article 481 du C. de proc. civ. La raison est que le mineur commerçant est assimilé au majeur pour les faits relatifs à son commerce ; pour cette catégorie d'actes, il agira tout seul en justice.

§ X. — Communication au ministère public.

Nous supposons que le tribunal civil fait fonction de tribunal de commerce ; ceci arrive dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunal de commerce

(1) GARSONNET, *Procédure civile*, p. 933.

(2) On s'est fondé sur ce que la procédure de la requête civile suppose, d'après le Code de procédure, l'intervention des avoués (art. 493 et 496, C. procéd. civ.) ou du ministère public (art. 498).

(3) BOITARD, COMET-DAAGE et GLASSON, II, n° 730. L'art. 480 C. pr. civ. est favorable à cette solution, car il parle des jugements des *tribunaux de première instance* ; cette expression, prise dans son sens général, comprend aussi bien les tribunaux de commerce que les tribunaux civils (V. LYON-CAEN et REAULT, *Traité*, t. I, p. 575).

(art. 640 C. civ.)(1). En 1895, il y avait 167 tribunaux civils qui jugeaient commercialement. L'article 83 C. proc. civ. énumère les cas où la communication au ministère public est obligatoire. D'après cet article (6^e alinéa), les causes concernant les incapables sont communicables. Cette disposition ne s'applique pas au cas où il s'agit d'un procès relatif au commerce d'un mineur régulièrement autorisé pour l'exercer. En vertu de l'article 487 C. civ., le mineur commerçant est *réputé majeur* pour les faits relatifs à son commerce.

On décidera autrement, et la communication serait nécessaire, conformément à l'article 83, 6^o, quand il s'agit d'un procès relatif à un acte isolé de commerce fait par un mineur non habilité à faire le commerce ou même d'un acte de commerce fait par un mineur commerçant, si cet acte est étranger au commerce qu'il est autorisé à exercer.

(1) Ceci pourrait encore arriver en cas d'empêchement de tous les membres d'un tribunal de commerce. En ce cas, ce serait encore le Tribunal civil qui en ferait fonctions (Rouen, 4 nov. 1836, D., 52, 5, 125 : — NOUGUIER, *op. cit.*, n^o 296 à 299 ; — GARSONNET, *Traité de proc. civ.*, I, p. 135 ; — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, t. I, p. 374).

CHAPITRE IV

DE LA CONTINUATION D'UN FONDS DE COMMERCE OU D'UNE SOCIÉTÉ PAR UN HÉRITIER MINEUR (1)

Nous réunissons ces deux questions dans un même chapitre, car les objections que l'on y oppose sont les mêmes dans les deux cas et d'autre part, dans les deux cas la même question se pose : le mineur qui n'a pas encore atteint l'âge requis par l'article 2 du Code de commerce, comment se comportera-t-il au cas où *un fonds de commerce* lui adviendrait par succession ?

La doctrine et la jurisprudence ne sont pas bien nettes quand il s'agit de déterminer le régime du fonds de commerce à la suite du décès du commerçant qui laisse un ou plusieurs mineurs pour lui succéder. Si la condition d'âge est révolue, le mineur devient commerçant au même titre que s'il avait fondé un établissement nouveau et il répondra des engagements ultérieurs de la même manière qu'un majeur c'est-à-dire sur tous ses biens, ceux compris dans la succession et ceux provenant d'une autre origine.

Mais au cas où cette condition d'âge n'est pas rem-

(1) *Sur la continuation d'un fonds de commerce par un héritier mineur*, article de M. THALLER dans les *Ann. de dr. comm.*, 1894, p. 246-248.

plie, on est tenté de répondre que la seule ressource est de liquider ou de vendre le fonds de commerce, car le fonds de commerce manquera désormais d'un représentant capable d'en être investi. En effet, d'une part, le mineur ne pourra pas prendre la direction des affaires, car les formalités de l'article 2 ne pourront pas être remplies faute de condition d'âge ; et, d'autre part, le représentant légal du mineur, suivant les principes du droit français, ne pourrait pas faire le commerce au nom du mineur.

Le tuteur peut-il faire le commerce ou des actes commerciaux isolés pour son pupille ?

M. Lyon-Caen (1) répond que cette question est résolue négativement par la loi.

Les articles 2 et 3 du C. de comm. tranchent avant tout une question de capacité, à savoir : à quelles conditions le mineur est-il capable, soit de devenir commerçant, soit de faire des actes de commerce ? D'une façon implicite, ils résolvent la question suivante qui a trait au *pouvoir* du tuteur : le tuteur peut-il faire le commerce ou des actes de commerce isolés pour son pupille ?

Le mineur doit intervenir en personne dans les actes de commerce. Pour se convaincre de l'exactitude de ce point de vue, il faut bien se rendre compte des dispositions des articles 2 et 3 du C. de comm. L'article 2 exige que le mineur soit émancipé, c'est-à-dire

(1) Note sous arrêt de la Cour de Paris du 24 mai 1884 (SIREY, 1885, II, 97).

qu'il soit dans une condition telle qu'il puisse agir par lui-même et non par l'intermédiaire de son tuteur.

« Il serait exorbitant, dit M. Lyon-Caen, qu'un mineur pût devenir commerçant sans sa volonté et être exposé par suite, à toutes les conséquences graves que la qualité de commerçant peut entraîner avec elle, spécialement la faillite ».

Et il faut décider dans le même sens quand il s'agit d'un acte isolé de commerce. Les conséquences n'en seraient plus aussi graves, cela n'exposerait pas le mineur à la faillite mais la loi a, en ce qui concerne le mineur établi une assimilation complète entre l'exercice du commerce et l'accomplissement d'actes commerciaux isolés. Le législateur a craint qu'on ne tournât l'article 2 en présentant des actes de commerce isolés, alors que, par leur nombre et leur répétition, ils constitueraient l'exercice habituel du commerce.

En se plaçant avant la loi de 1867, on trouve une première raison. Toute obligation commerciale dont le montant atteignait 200 fr. entraînait la contrainte par corps. Cette voie d'exécution rigoureuse était admise pour les mineurs commerçants. Le législateur n'a pas voulu laisser le mineur exposé à l'emprisonnement pour dettes à raison des actes faits par son tuteur.

L'équité et le bon sens s'opposent à ce qu'une personne soit exposée à être privée de sa liberté par suite des faits d'une autre qu'elle n'a pas choisie comme mandataire.

Une autre raison, c'est que les opérations de commerce sont particulièrement chanceuses.

Les actes de commerce sont en quelque sorte mis à part; le tuteur ne peut les faire pour le compte de son pupille, même avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du Tribunal civil.

Il y a là l'application d'un principe général que nos lois ne formulent pas expressément, mais qu'elles présupposent; les *actes de commerce ne peuvent être faits que par la personne intéressée elle-même ou par un mandataire choisi par elle, mais non par un représentant légal*. Cette doctrine a bien souvent des inconvénients pratiques très graves. La loi belge de 1872 (article 8), a permis au tuteur de *continuer* le commerce. Les Codes italien, espagnol, roumain, contiennent des dispositions qui confèrent au père ou au tuteur le pouvoir de continuer l'exercice du commerce recueilli dans la succession moyennant une autorisation du Tribunal civil ou une délibération du conseil de famille dûment homologuée. La sanction de cette règle, que le tuteur ne peut pas faire un acte de commerce même isolé pour son pupille, est la *nullité* de l'acte. C'est la conséquence de cette idée que les actes de commerce sont interdits au tuteur.

Donc pas de possibilité de continuer le commerce au cas où le mineur n'aurait pas atteint l'âge de 18 ans; pas de possibilité pour le tuteur non plus de le représenter. Si l'on admet cette solution pour le cas où il

s'agit d'un commerce individuel, les mêmes motifs existeront au cas d'une société en nom collectif, dont le *de cujus* était membre. Il s'agit de la clause de continuation éventuelle de la société avec les héritiers d'un associé. Un moyen indirect serait de considérer la part de l'associé défunt se transformant désormais pour l'héritier mineur en une part de commandite (1). Mais on objecte alors, que l'engagement du commanditaire même, est un acte de commerce ; quelques auteurs le considèrent en effet comme tel ; et en outre on ajoute que ce serait détruire complètement l'équilibre de la société, en lui changeant le titre et la responsabilité. Quant à la responsabilité, en quoi consisterait-elle ? Le mineur sera-t-il responsable pour les dettes sociales dans la mesure de l'apport de son auteur, ou bien sa responsabilité s'étendra à la valeur de la succession qui lui est échue, en excluant seulement les biens que le mineur recueillerait ou posséderait d'une autre source. Les deux opinions peuvent être soutenues. La première serait plus en harmonie avec les principes de la commandite.

La jurisprudence ne reconnaît pas au mineur la faculté de succéder à son père ou à son auteur comme continuateur du commerce ou de l'industrie que celui-ci exerçait seul de son vivant.

Cependant un arrêt de la Cour d'Alger du 4 avril 1891 (S. 92, 2, 16) décide que le tuteur peut être autorisé

(1) C'est la solution du Code de commerce allemand de 1897.

exceptionnellement, dans l'intérêt du mineur, à *continuer* le commerce des père et mère de celui-ci. Le même arrêt ajoute qu'on ne saurait pourtant pas reconnaître au tuteur le droit d'entreprendre au nom du mineur un commerce nouveau même avec l'autorisation du conseil de famille.

Et en conséquence de ces principes la Cour décide que les billets à ordre souscrits au nom du mineur par le tuteur, en vue de l'achat et de l'exploitation d'un fonds de commerce, ne sauraient engager le mineur.

Mais de nombreux arrêts (1) donnent effet à la clause de continuation de la société avec les héritiers d'un associé, qu'ils soient ou non en âge de faire le commerce.

Comment les choses se passent-elles en pratique ?

Si le fonds de commerce est d'un bon rapport, on ne le vendra pas. D'abord, cela ne serait pas *agir en bon père de famille*. On prive, en effet, le mineur d'une source de bénéfices. Se déciderait-on à vendre le fonds, que beaucoup de difficultés juridiques y mettraient obstacle. L'établissement en tant que clientèle, ne pourra même pas se vendre, si le conseil de famille refuse l'autorisation (art. 1 et 2 de la loi du 27 février 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières et autres meubles incorporels appartenant aux mineurs) et si la justice refuse d'homologuer la délibération. Nous ver-

(1) Bordeaux, 2 juill. 1862 ; S., 63, II, 31 ; — Aix, 16 déc. 1868 ; S., 1870, II, 240 ; — Cass. req., 2 mars 1885 ; S., 1888, I, 362.

rons dans un chapitre suivant que plusieurs lois étrangères (loi allemande, belge, italienne, roumaine) permettent au tuteur de continuer l'exploitation jusqu'à la majorité, avec l'autorisation du conseil de famille.

En Fance un homme de paille, un ami ou un parent, donnera son nom, exploitera le fonds, comme s'il lui avait été réellement transmis. Mais s'il venait à faire faillite, comment ferait-on le règlement des droits des intéressés?

Dans d'autres cas, ce sera l'ascendant survivant qui, en vertu de ses droits *d'usufruit* légal de l'article 384 C. Civ. prendra l'exploitation à son compte, avec les chances de gain et les risques de perte. Le mineur reste propriétaire du fonds de commerce. Mais cette propriété ne le rend pas commerçant, car le commerce réside dans le risque de l'exploitation. Par conséquent, le mineur n'a rien à craindre, ni engagements à contracter, ni faillite en cas de mauvaises affaires.

Un autre expédient peut se présenter. Le tuteur donne à bail à un tiers ou prend bail pour lui-même, avec l'autorisation du conseil de famille. Ce bail va durer jusqu'à l'accomplissement de l'âge de 18 ans par le mineur. Le mineur dans ce cas encore ne serait pas exposé aux risques de l'exploitation, ni à la faillite : car il n'est pas commerçant.

Le fonds de commerce peut en outre être transmis par arrangements de famille.

Le commerçant en mourant laisse plusieurs héritiers,

dont quelques-uns mineurs. Le fonds de commerce pourra être, soit par une opération amiable, soit par licitation publique, attribué moyennant un prix déterminé, tantôt à l'héritier majeur (que le *de cujus* aurait préparé de son vivant à succéder à son commerce), tantôt à l'étranger.

Quelquefois le commerçant cède le fonds de son vivant à celui des héritiers qu'il juge apte à continuer son commerce.

« Le successeur se grève, vis-à-vis d'un père ou de frère, d'une soulie ou dette d'achat dont il est pratique dans de nombreuses familles que le capital ne soit pas remboursé, bien qu'il reste au pouvoir du créancier de le réclamer à tout moment (1). La fréquence de l'inscription sur les livres d'un négociant de ses frères ou sœurs ou de son père, avec un crédit plus ou moins considérable, tient à ses transmissions de fonds de commerce d'une génération à la suivante.

Toute ces opérations de la pratique que nous venons d'énumérer, sont de nature à éviter les difficultés, résultant de l'impossibilité pour un mineur qui n'a pas atteint l'âge de 18 ans, de pouvoir être autorisé à faire le commerce.

Quand il s'agit de la continuation d'une société en nom collectif, on se demande si la clause insérée dans les statuts, conformément à l'article 1868 C. civ., aura de l'effet même en présence d'héritiers mineurs.

(1) THALLER, *Droit commercial*, p. 70, note.

L'article 1868 C. civ. est ainsi conçu : « S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies : au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès et ne participera aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède ».

Les origines de l'article 1868 sont bien connues. Le droit romain (Loi 59, Dig., *Pro Socio*, livre XVII, 2), annulait toute convention d'après laquelle la société aurait dû continuer avec les héritiers de l'associé défunt. Exception était faite pour les sociétés de publicains (*Societates vectigalium*). L'autorité du droit romain s'imposa en Italie à beaucoup d'auteurs cités par Casaregis (t. III, p. 149, édit. de 1729 de Florence). Mais en France, POTHIER (contrat de société, ch. 8 § 3, n° 145), précédé par celui qu'il appelle l'ancien praticien, MASUER (Association 28, n° 33), réagissait contre un système absolu, qui lui paraissait avoir « plus de subtilité que de solidité », et il proclamait la convention valable. Pourtant, même, en Italie, les jurisconsultes avaient cherché d'éviter toutes les inconséquences auxquelles la loi romaine les avait entraînés. Ainsi CASAREGIS, dans ses *Discursus* expose d'abord au t. III, p. 148 *discursus*, n° 146 ; et la règle générale (*pro conperto apud omnes doctores habetur*)

de la dissolution de la société par la mort de l'un des associés, et l'impossibilité d'y déroger par convention (*quia tale pactum est invalidum*).

Il n'y a de remède que par le moyen d'un testament. Si le défunt a prescrit la continuation (*mandavit societatem par heredes suos continuari*) on devra dire, non que la première société se continue, mais qu'il s'en crée une nouvelle.

Cependant l'acceptation a cet effet que toutes les obligations continuent à partir de la mort, sans intervalle.

Et au n° 46, p. 450, l'auteur ajoute : « Les héritiers ne sont pas tenus sur leurs biens propres, s'ils ont pris le soin de n'accepter que sous bénéfice d'inventaire, si l'inventaire a été fait sans fraude, et si se *declaraverint continuare societalem in vim testamenti* ».

Si les héritiers sont incapables de donner leur consentement à la continuation de la société, ou plutôt à la rénovation, car d'après la doctrine de Casaregis « *antiqua societas per viam renovationis continuari* », les associés survivants en vertu du mandat que leur a conféré le testament n'ont pas besoin du *consensus* des pupilles, des mineurs, ni de leurs tuteurs ou curateurs « *dum sufficit consensus* » que donneront les associés eux-mêmes constitués par le testateur, « *mandatarii post mortem pro minoribus* ». C'était là l'opinion des docteurs moins deux (excepté *Felicitis et Coris*) (1).

(1) Voir les observations de M. le Conseiller rapporteur Bobinet (*Journal du Palais*, 1885, p. 891, Cour de cassation).

Ainsi tous ces anciens jurisconsultes faisaient des efforts ingénieux pour faire prévaloir les nécessités de la vie pratique commerciale sur la prohibition malencontreuse d'une loi absolue.

L'article 1868 C. civ. s'écarta des traditions romaines et on suivit la doctrine de Pothier.

L'article 1868 ne distingue pas entre les héritiers majeurs et mineurs. Par l'effet de la clause de construction, les héritiers mêmes mineurs, sont substitués à leur auteur, sans avoir besoin de faire acte de volonté ni de remplir les conditions qui leur seraient imposées pour l'exercice personnel du commerce. Toute distinction arbitraire que l'on ferait entre les héritiers majeurs et mineurs, affaiblirait la portée de la clause de continuation.

Les intérêts des mineurs sont suffisamment sauvegardés par l'effet du bénéfice d'inventaire, qui n'enlève du reste aux tiers intéressés aucune des garanties que leur offrait le patrimoine du défunt, puisque la société reste la même (1).

La jurisprudence française et une bonne partie de la doctrine admettent la continuation de la Société même avec des héritiers mineurs.

Ainsi la Cour de Bordeaux, dans son arrêt du 2 juillet (S., 63, II, 31), décide la continuation même avec des héritiers mineurs.

« Attendu, dit la Cour, en ce qui concerne l'argu-

(1) Arrêt de la Cour de cass. rej. du 2 déc. 1895, *loc. cit.*

ment de ce que l'état de minorité des héritiers doit mettre fin dans tous les cas à la société formée avec leur auteur, que si ces mineurs, à raison de leur incapacité, sont inhabiles à constituer une société, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit simplement de continuer une société.

« Que la constitution de société, ainsi que le fait judicieusement remarquer Troplong, sur l'article 1868 C. civ., est une œuvre de la volonté, tandis que la continuation de la société, dans le cas où elle a été prévue nonobstant la mort de l'un des associés, est une charge de l'héritage; que c'est un pacte légalement formé qui se transmet avec la succession ».

La Cour d'Aix, dans son arrêt du 16 déc. 1868 (S., 1870, II, p. 240), se prononce dans le même sens, en considérant que l'article 1868 C. civ. ne distingue pas entre le cas où les héritiers seront majeurs et celui où quelques-uns d'entre eux seront encore en minorité; qu'une clause de ce genre, insérée dans un contrat, constitue une charge de l'hérédité à laquelle les héritiers qui acceptent la succession sont tenus de se soumettre.

La Cour de Paris, dans son arrêt du 7 avril 1887 (S., 88, II, p. 140), se prononce dans le même sens.

M. Duvergier, n'admet pas que la société puisse continuer avec des héritiers mineurs, en se fondant sur ce motif, que les lois relatives soit à l'administration, soit à l'aliénation des biens de mineurs, soumet-

traient les associés survivants à des formalités, dont la lente et minutieuse observation compromettrait nécessairement les intérêts sociaux.

Suivant M. Duranton, la minorité ne fait point obstacle à la continuation de la société.

M. Delangle (1), admet cette opinion avec certaines restrictions.

« Qu'un mineur ne puisse contracter de son chef une société collective, c'est la conséquence directe de l'incapacité dont il est affecté. Mais quand le mineur a 18 ans accomplis, s'il a été émancipé et autorisé légalement (article 2 C. civ.) à faire le commerce, il peut, du consentement de la famille, former une société collective. Pourquoi ne pourrait-il pas, aux mêmes conditions, prendre dans une société déjà formée, la place d'un associé qui meurt » ?

Les restrictions posées par M. Delangle sont telles qu'elles détruisent complètement la règle. La continuation de la société ne sera, en effet, possible d'après lui, que sous la condition de l'accomplissement des formalités exigées par le C. de comm.

M. Lyon-Caen (2) n'admet pas la continuation de la société avec les héritiers mineurs de 18 ans. Selon M. Lyon-Caen, quand dans un acte de société commerciale en nom collectif, il a été stipulé que la société continuera, en cas de décès d'un associé, entre

(1) *Sociétés commerciales*, t. II, n° 651, p. 322.

(2) *Traité*, t. I, p. 244 et note sous Arrêt de la Cour de Paris du 7 avril 1887 (S., 88, II, 148).

ses héritiers et les associés survivants, cette clause, malgré la disposition de l'article 1868 du C. civ. ne saurait s'appliquer en présence d'un héritier mineur de 18 ans et cela malgré l'expression d'une volonté contraire dans les statuts.

Si le mineur avait atteint l'âge de 18 ans, il pourrait bénéficier de la clause dont il s'agit, à condition de se faire autoriser (article 2 C. de comm.).

L'argument principal dans l'opinion contraire est que l'article 1868 C. civ. en autorisant la clause de continuation ne fait aucune distinction et il serait arbitraire d'en faire.

M. Lyon-Caen est étonné de voir se produire un tel argument. Un texte de loi ne doit jamais être considéré isolément ; il faut le combiner avec les principes contenus dans d'autres dispositions légales. L'art. 1868 C. civ. ne distingue pas, mais les principes de notre législation sur la capacité du mineur de faire le commerce conduisent à faire cette distinction. Nos lois, d'ordinaire, édictent des règles générales et ne rappellent pas à propos de chacune d'elles, qu'il y a lieu de les écarter et d'en restreindre la portée quand on se trouve en présence d'un incapable ou d'un mineur.

C'est à l'interprète et au juge à combiner les règles générales faites habituellement pour les personnes capables avec les règles relatives aux incapables. Cette règle d'interprétation est donnée par les jurisconsultes romains : *In civile est, nisi tota lege perspecta, una*

aliqua particula ejus proposita judicare, vel respondere (Celse. Loi 24. De Legibus. Dig. I, 3).

Or, les principes généraux sont que tout associé dans une société en nom collectif est commerçant ; il doit donc avoir la capacité de faire le commerce. Avant l'âge de 18 ans, le mineur émancipé n'a pas cette capacité ; d'autre part le tuteur du mineur émancipé ne peut faire le commerce pour son pupille. A l'âge de 18 ans il faudra remplir pour le mineur les conditions d'habilitation (article 2 C. de comm.). Une clause de l'acte de société commerciale pourrait-elle faire écarter tous ces principes ? (1).

Le mineur, est dit-on, héritier bénéficiaire : il ne doit être tenu des dettes sociales que sur les biens de la succession de l'associé prédécédé et jusqu'à concurrence de leur valeur. Donc, la continuation de la société en nom collectif n'aurait pas pour les mineurs les mêmes inconvénients et les dangers que présente l'exercice d'un commerce.

M. Lyon-Caen refute cet argument en invoquant les règles même de l'acceptation bénéficiaire.

» Sans doute, dit-il (2), l'héritier bénéficiaire n'est tenu qu'*intra vires successionis*. Mais pour quelles dettes en est-il ainsi ? Pour les dettes héréditaires, c'est-à-dire pour les dettes qui existaient à la charge du défunt, et qui sont passées à ses héritiers. L'obli-

(1) Même note. Sirey, 88, II, 148.

(2) Même note.

gation de l'héritier bénéficiaire n'est, au contraire, nullement restreinte pour les dettes nées après l'ouverture de la succession (C. civ. 802); de ces dettes il est tenu sur tous ses biens.

Il est donc évident que le bénéfice d'inventaire s'applique aux dettes de la société antérieure ou décès d'un associé. Le bénéfice n'a, au contraire, nul effet pour les dettes sociales contractées postérieurement. Si donc, comme on le soutient, un mineur pouvait de plein droit, sans être émancipé ni autorisé, devenir membre d'une société commerciale en nom collectif, en vertu de l'article 1868 C. civ., en succédant à l'un des associés prédécédé, il serait tenu sans limite des dettes sociales postérieures au décès de son auteur. Il courrait ainsi des grands risques, et on devrait le considérer comme commerçant, ainsi que tout associé en nom collectif. On violerait ainsi l'article 2 du C. de comm.

La jurisprudence étrangère a été appelée à son tour à se prononcer sur cette difficulté. La Cour de Rome, par son arrêt du 14 juin 1892, avait à trancher la légalité de la clause d'une société en nom collectif en ce qui concerne sa continuation. Nous savons que le C. de comm. italien de 1882 (article 12), permet aux représentants du mineur de continuer le commerce moyennant certaines autorisations. Mais les juges de Rome ne se sont pas placés à ce point de vue. Ils ont fait reposer leur doctrine sur une considération

de succession bénéficiaire et de séparation de patrimoines.

« D'après les magistrats italiens, le patrimoine du défunt qui est forcément accepté ici sous bénéfice d'inventaire (930 C. civ. italien correspondant aux articles 461 et 776 du C. civ. français), n'est, dans sa stricte signification juridique, pas un simple objet extérieur, mais la personnalité même de l'homme mise en rapport avec les différents objets de ses droits ; et par conséquent le mineur qui, comme représentant d'une succession, entre dans une part de Société (ou dans un commerce individuel) n'y figure pas en son nom particulier, mais en celui de la succession elle-même qui est la seule intéressée, personnellement il ne court aucun risque.

La responsabilité illimitée à laquelle sont exposés les biens de l'associé (ou du commerçant) ne s'arrête pas à sa mort, elle persévère et accompagne les biens tant qu'ils restent aux mains de l'associé (ou du commerçant) et de son successeur à titre universel, celui-ci les prend en charge comme dépositaire ou administrateur, avec obligation d'en rendre compte à la masse des créanciers qui retrouvent dans la substance de la succession la garantie de leurs droits.

Mais pouvons-nous admettre cette notion de *personnalité* de la succession acceptée bénéficiairement ? Peut-on dire que c'est là un des effets de la séparation

1) THALLER, *Ann. de dr. comm.*, 1894, p. 244.

des patrimoines, qui résulte toujours de l'acceptation bénéficiaire ? Quels sont donc les effets de l'acceptation bénéficiaire sur la personnalité de la succession ?

Il ne résulte pas de la séparation des patrimoines que, comme le décidait le droit romain pour toutes les successions dévolues à des héritiers externes et non encore acceptées, la succession acceptée bénéficiairement est une personnalité morale.

L'héritier bénéficiaire est *propriétaire des biens héréditaires en son nom personnel*. Il n'est pas un simple administrateur. Par conséquent, les pouvoirs de l'héritier bénéficiaire sont assez larges. Son droit d'administration est moins une concession de la loi qu'une restriction à son droit de propriétaire. Mais ses actes ne doivent pas compromettre les droits des créanciers et ils ne doivent pas entraîner la confusion des patrimoines à laquelle s'oppose l'acceptation bénéficiaire.

On ne saurait concevoir à côté de cette propriété, une autre propriété appartenant à une personne fictive. C'est en son nom personnel que l'héritier bénéficiaire agit ou est actionné et non pas au nom de la succession (L'article 802 dit qu'il est tenu personnellement) mais *intra vires hereditatis*. La séparation des patrimoines est loin d'être inconciliable avec cette conception ; il n'y a là autre chose que la division de l'actif et du passif de l'héritier en deux fractions dont la composition dépend de leur origine.

La thèse admise par la jurisprudence italienne a été combattue même par la doctrine italienne (1). La Cour d'appel de Perugia (décision du 6 juillet 1891) a arrêté : que l'obligation imposée par l'article 12 du C. de comm. italien au parent qui exerce la *patria potestates* d'obtenir l'autorisation du tribunal pour continuer le commerce dans l'intérêt du mineur, ne s'étend pas au cas où le mineur est obligé par une convention stipulée par son propre auteur de faire partie d'une société ; que si un associé est lié lui et ses héritiers dans un contrat de société, l'héritier même mineur y est obligé, parce que le contrat est transmissible aux héritiers, sans que l'on distingue entre les majeurs et les mineurs ; que le mineur, du reste, se trouve à l'abri d'une responsabilité illimitée, qui serait très grave, car il n'est tenu des dettes sociales éventuelles que jusqu'à concurrence de l'hérédité acceptée par lui récemment sous bénéfice d'inventaire.

M. Bollaffio, dans l'article précité, combat cette décision. Il dit que le principe que l'on ne doit pas distinguer là où la loi ne fait pas de distinction, défend d'interpréter l'article 12 du C. de comm. italien et les dispositions corrélatives du C. civ. de la façon adoptée par la Cour de Pérouse.

L'article 12 C. civ. est une disposition d'ordre

(1) BOLAFFIO, *Contratto di società. Minorenne erede* (Dans la *Rivista italiana per le scienze Giuridiche*, p. 71-80, vol. XII, fasc. I ; — Décision de la Cour de Rome dans SIREY, 1897, IV, 46).

public ayant pour but de protéger un incapable. « Le tuteur ou le père qui exerce la *patria potestas* ne peut, sans une autorisation spéciale, faire des actes qui excèdent l'administration ordinaire (articles 296 et 224 C. civ. italien) ; et l'exercice du commerce en est sûrement un de ceux-là (article 299 C. civ.), qu'on le fasse seul ou en collectivité » (1).

On objecte pourtant que le mineur devient associé obligatoirement ; qu'il subit la convention conclue par le père, en continuant, comme héritier, la personnalité du patrimoine.

Selon Bollaffio, la règle protectrice de la loi ne s'applique pas moins dans ce cas. Le père défunt, comme il ne pouvait de son vivant obliger efficacement le fils mineur que par des actes n'excédant pas l'administration ordinaire ; ne peut que l'obliger dans les mêmes limites par *acte mortis causa*, à moins que les autorités compétentes interviennent et l'autorisent à faire davantage.

Le lien juridique ne se transfère au fils mineur qu'avec les modalités établies par la loi pour la protection de l'ordre social et domestique. Un contrat de société a un caractère de continuité ; il résulte par conséquent d'une série d'opérations se renouvelant, de la reproduction desquelles surgissent alors de nouveaux rapports juridiques et des obligations nouvelles. Le contrat de société réclame l'intervention active de l'as-

(1) BOLLAFFIO, *loc. cit.*, p. 74.

socié qui contracte ces obligations : d'où la nécessité de la capacité juridique complète.

En résumé, la responsabilité illimitée qu'assume l'héritier pour les opérations postérieures à la mort de son propre auteur, suppose nécessairement la capacité juridique de contracter. Cette capacité manque au mineur, et son représentant n'a pas été autorisé à poursuivre le commerce dans son intérêt.

Dans l'interprétation de l'article 1868 C. civ. français, il s'est manifesté trois opinions différentes.

1. La première admet que l'héritier ou les héritiers de l'associé en nom collectif n'entrent pas de plein droit dans la société sous le simple fondement de la clause du contrat. Ils deviennent associés s'ils manifestent expressément leur volonté de continuer la société et d'assurer pour les obligations sociales ultérieures une responsabilité illimitée. Leur déclaration rétroagit au moment du décès de l'associé.

2. Dans la seconde opinion, on soutient qu'étant donnée la clause contractuelle, la société continue de plein droit avec les héritiers d'un prémourant. Il n'est pas dans le but de la loi, ni dans celui du commerce, ni dans l'intention des parties qu'une déclaration de volonté soit nécessaire pour que la société continue. S'il en est ainsi, la clause aurait un effet limité de concéder aux héritiers le droit de prétendre leur acceptation dans la société ; et aux associés le droit d'exiger une indemnité des héritiers, en cas de refus

de continuation, car ils n'exécuteraient pas en ce dernier cas le pacte conclu par leur auteur.

Au contraire, la clause vise à faire continuer la société de plein droit (1), entre les associés survivants et les héritiers du prédécédé : ceux-ci vont rentrer collectivement à la place du défunt. S'ils ont accepté l'hérédité sous bénéfice d'inventaire, leur obligation pour les obligations sociales n'est pas illimitée, elle sera circonscrite au patrimoine héréditaire.

3. La troisième opinion accepte les prémisses de la seconde, à savoir que la société continue avec les héritiers, ceux-ci, de par la loi, par suite de l'acceptation de l'hérédité et sans qu'il soit besoin d'une déclaration ultérieure, deviennent associés. Mais puisque une société en nom collectif a pour élément essentiel la responsabilité illimitée et solidaire de ceux qui la composent, chaque héritier, parce qu'il hérite, est associé et associé responsable d'une façon illimitée. Le fait qu'il a accepté sous bénéfice d'inventaire, n'a aucune influence sur la responsabilité : celle-ci dérive de la qualité d'associé et non pas de celle d'héritier. On ne peut être associé d'une société en nom collectif si on ne répond pas illimitativement et solidairement des obligations sociales. La qualité d'héritier est nécessaire pour entrer dans la société dont le *de cujus* faisait partie; mais les principes du droit héréditaire

(1) Par conséquent, les mesures de publicité prescrites par le Code de commerce, ne devront pas être de nouveau accompli (Arrêt cité de la Cour de cassation du 2 mai 1885).

ne donnent aucune règle pour établir l'extension des obligations que l'héritier assume, c'est seule la qualité d'associé en nom collectif qui en donne la règle. C'est là l'opinion qui prévaut dans la plus récente doctrine allemande (1). En présence d'un héritier mineur, la société en nom collectif ne peut continuer que si on accomplit les formalités qui sont nécessaires pour qu'il puisse exercer le commerce : telle est la conclusion de cette troisième doctrine.

Nous avons passé en revue la jurisprudence et la doctrine sur cette question de la continuation du commerce ou d'une société par un héritier mineur.

Il est évident que la jurisprudence s'inspire surtout de motifs d'intérêt pratique et commercial. Il serait injuste de dissoudre une société, de la mettre en liquidation, de compromettre les intérêts de l'associé survivant parce qu'il se trouve en présence des héritiers mineurs du prédécédé. Cette jurisprudence trouve un appui assez solide dans l'application des règles de la succession bénéficiaire. En laissant de côté la notion de personnalité morale de la succession acceptée bénéficiaire, que la jurisprudence n'admet pas, il faut reconnaître à cette partie du patrimoine, affectée à un but unique, qui est l'exploitation commerciale, une individualité distincte. Le patrimoine de l'héritier ne se confond pas avec la succession acceptée bénéficiairement, c'est l'article 802 C. civ. qui le dit : « L'héritier

(1) BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, § 75, p. 548, n. 5, cité par Bolaffio.

ne confondra pas ses biens personnels avec ceux de la succession et conserveront contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances ». L'article 437 du C. de comm. décide que la faillite d'un commerçant pourra être déclarée après son décès lorsqu'il est mort en état de cessation de paiement.

L'article 2, al. 3 de la loi du 4 mars 1889 décide que :

« Peuvent être admis au bénéfice de la liquidation judiciaire de la succession de leur auteur, les héritiers qui en font la demande dans le mois du décès de ce dernier décédé dans la quinzaine de la cessation de ses paiements, s'ils justifient de leur acceptation pure et simple du bénéficiaire.

« Si l'héritier bénéficiaire peut plaider ès-qualités pour la succession, s'il peut agir en son nom propre entre la succession considérée comme sa débitrice, si la succession encourt la faillite, comment de pareils résultats se produiraient-ils sans que la succession figure en face de l'héritier un être de raison, possédant son autonomie?

Si dans cette succession se trouve inventorié l'ensemble d'un fonds de commerce ou d'industrie, on ne voit pas ce qui empêcherait non pas l'héritier, mais l'hérédité, de continuer à administrer ce fonds suivant la destination que lui avait donnée le défunt, à poursuivre l'exploitation comme le *de cujus* l'avait fait de son vivant » (1).

(1) *Ann. de dr. comm.*, article précité de M. THALLER, 1894.

Par suite de l'exploitation du fonds de commerce, l'héritier ne perd nullement les avantages du bénéfice d'inventaire. Nous savons, en effet, que l'héritier bénéficiaire peut faire sur les biens héréditaires tous les actes de gestion que les administrateurs ont le droit de faire; de plus il a des pouvoirs en général supérieurs à ceux des autres administrateurs. Il peut gérer un fonds de commerce, sans perdre le bénéfice d'inventaire. L'article 800 du C. civ. prononce la déchéance du bénéfice d'inventaire pour celui qui a fait acte d'héritier. L'exploitation d'un fonds de commerce constitue-t-elle un acte d'héritier ? Non; l'héritier fait un acte d'administration en gérant un fonds de commerce. L'achat fait pour entretenir la clientèle du fonds et le faire fructifier se rattache à ce fonds et n'est qu'un acte d'administration d'un bien héréditaire. Comme le fonds de commerce constituait une véritable propriété au profit du défunt et que l'héritier n'est tenu d'aliéner aucun élément du patrimoine, rien ne saurait l'obliger à se dessaisir du fonds de commerce ou à le liquider; le gérer, c'est faire acte d'administrateur (1).

Mais on pourrait objecter que l'acceptation bénéficiaire implique un régime provisoire de liquidation, ayant pour but d'arriver à une clôture de comptes dans l'intérêt des créanciers. On pourrait ajouter que la succession bénéficiaire est réellement en déconfiture, ce qui serait moins exact, car l'acceptation bénéfi-

(1) BAUDRY-LACANTINIERE et WAHL, *Traité théorique et pratique des successions*, t. II, p. 218, n° 1348.

ciaire n'est pas nécessairement, comme la déconfiture, une preuve d'insolvabilité. Le mineur sera toujours héritier bénéficiaire. Au terme de l'article 461 C. civ., le tuteur ne peut accepter une succession échue au mineur que sous bénéfice d'inventaire. Le régime de la succession bénéficiaire est imposé au mineur jusqu'à sa majorité. « Il a pu recueillir le commerce et le faire valoir, du moment que nul texte ne forçait ses représentants à s'en défaire. Il faut bien lui permettre de sortir de l'impasse en l'autorisant jusqu'à 21 ans à gérer la maison sous les garanties que le bénéfice d'inventaire lui procurait. Il exploitera, non sous son nom, mais comme héritier de M. un tel. Le régime de l'acceptation bénéficiaire obligatoire a justement pour but de lui assurer la garde de ce patrimoine sans risques propres, quand il n'y aurait point apparence d'insolvabilité actuelle, et de lui maintenir cette garde tant que la minorité durera » (1).

Nous admettons donc, d'une part, la continuation de la société en nom collectif même avec des héritiers mineurs. L'article 1668 du Code civil ne fait aucune distinction entre les héritiers majeurs et les héritiers mineurs. Ils continuent la société, car c'est là une charge de l'héritage. Il est vrai qu'ils seraient incapables de constituer la société, mais alors il s'agirait d'une manifestation de volonté de leur part, tandis que

(1) THALLER, article cité des *Ann. de dr. comm.*

pour la continuer, ils ne font que se conformer à la volonté de leurs auteurs, dont ils recueillent le patrimoine. Quant aux intérêts des mineurs, ils seront suffisamment sauvegardés par les principes qui régissent la succession bénéficiaire. Les créanciers sociaux n'auraient aucun motif d'opposition ; leur gage sera le même après comme avant le décès de l'associé. D'une part, la responsabilité des associés survivants reste la même et d'autre part, le patrimoine de l'associé prédécédé, en vertu des principes de la succession bénéficiaire, continuera à être affecté au paiement des créances sociales. Enfin, les intérêts même du commerce exigent cette solution et nous croyons qu'en matière commerciale, la rigidité des principes doit fléchir devant les besoins de la pratique. Il faut toujours chercher à mettre en harmonie les principes du droit avec les nécessités du commerce.

En ce qui concerne la continuation du fonds de commerce, en présence d'héritiers mineurs, nous avons examiné les objections de principes et nous avons vu les solutions imaginées par la pratique commerciale.

Le tuteur ne peut pas représenter le mineur pour faire un acte de commerce. En droit français, il y a là une solution que les principes imposent. Mais nous avons adopté l'application des principes de la succession bénéficiaire, même en cas de continuation d'un fonds de commerce par un héritier mineur, et l'hé-

ritier exploitera par ses représentants jusqu'à sa majorité le fonds de commerce sous le nom du défunt (1) il ne pourra risquer son patrimoine propre dans l'entreprise qui lui est advenue par succession.

(1) Par application des règles de la succession bénéficiaire.

CHAPITRE V

DU SORT DES ACTES DE COMMERCE FAITS PAR LE MINEUR NON HABILITÉ

§ 1^{er}. — Conséquences de l'annulation de ces actes.

Si les formalités prescrites par l'article 2 C. comm. n'ont pas été remplies, la première conséquence directe, absolue, sera que le mineur, quoique faisant le commerce, ne sera pas commerçant, et notamment il ne pourra pas être déclaré en faillite (1).

Les actes qu'il aurait faits étant annulés, n'auront pas eu le caractère commercial et par conséquent leur répétition même n'a pas pu conférer au mineur la qualité de commerçant. En conséquence, il ne pourrait être poursuivi devant la juridiction commerciale, ni être mis en faillite ou en liquidation judiciaire, ni poursuivi comme banqueroutier, puisque la faillite et la banqueroute sont applicables aux commerçants seulement (articles 437, 585 et 594 C. comm.). Le mineur ne pouvant être traité commerçant, il ne pourra pas être traduit devant la juridiction commerciale à

(1) Avant la loi de 1867, il ne pouvait être contresignable par corps non plus.

raison des fournitures de marchandises qui lui ont été faites pour les besoins de son négoce et il ne pourra pas être soumis au paiement d'intérêts supérieurs au taux applicable en matière civile (Civ. cass., 6 août 1862, aff. Jallat, D. P., 62, 1, 375 ; Rouen, 23 juillet 1858, aff. Boutigny, D. P., 59, 2, 216).

La Cour d'appel de Besançon (Chambre des mises en accusation) décide par son arrêt du 23 juin 1870 (Journal *Le Droit* du 9 juillet 1890) que le mineur non autorisé à faire le commerce, conformément à l'article 2 C. comm., ne peut être déclaré en faillite, et, par conséquent, poursuivi pour banqueroute frauduleuse ou pour banqueroute simple. En effet, si les règles qui doivent le relever de son incapacité n'ont pas été observés, les actes et les engagements du mineur sont régis par le droit commun. Les crimes et délits de banqueroute frauduleuse et de banqueroute simple sont d'une nature spéciale et distincte des autres crimes et délits prévus par le Code pénal. Aux termes de la loi, ils ne peuvent être commis que par des individus ayant la qualité de commerçants. On ne pourrait donc pas invoquer l'article 1310 C. civ. en vertu duquel les incapables ne sont pas restituables à raison de leurs délits ni l'article 66 du Code pénal qui prescrit l'application des peines aux mineurs ; si il s'agit d'une infraction que seul un commerçant peut commettre. Et si l'on répond négativement à la question de savoir si l'individu poursuivi est commerçant, le délit ne peut pas exister,

Les peines sévères prononcées par le C. pén. contre les banqueroutiers sont une garantie particulière accordée à l'intérêt du commerce, mais ne sont pas applicables à ceux auxquels la loi en interdit l'exercice ou ne le permet que sous les conditions fixées par elle.

Les tiers n'auraient aucun motif de s'en plaindre, car c'est à eux de s'assurer préalablement si le mineur est habile à faire les opérations commerciales et par conséquent leur négligence, qu'ils ne doivent imputer qu'à eux-mêmes, ne peut exciter en leur faveur l'action de la vindicte publique contre un mineur, qui ne peut être classé parmi les commerçants que dans certains cas et sous des conditions déterminées (1).

§ II. — De la nullité des actes faits par le mineur non habilité.

Est-ce une nullité absolue ou relative ?

La loi est muette sur le caractère de la nullité résultant du défaut d'autorisation. L'article 2 dit que le mineur non autorisé ne pourra commencer les opérations de commerce, sera être réputé majeur ; mais il s'agit de savoir si le créancier envers lequel le mineur non autorisé se sera engagé aura le droit de faire prononcer à son profit la nullité de cet acte.

Les précédents historiques ne nous fournissent aucune indication à cet égard ; donc, la tradition fait également défaut.

(1) Crim. cass., 2 déc. 1827 ; D. P., 27, 1, 77.

Nous allons chercher à résoudre la question par les principes généraux du droit. Pour cela il faut nous demander si la disposition qui défend le commerce au mineur non autorisé est d'ordre public. On répond par la négative. L'exercice du commerce par les mineurs n'a pas d'inconvénients au point de vue de l'ordre public; le véritable intérêt de l'ordre public, en matière commerciale, c'est que tout le monde puisse faire le commerce, sans autre exceptions et sans autres incapacités que les exceptions et les incapacités indiquées par la raison et résultant de la nature même des choses (1). Le principe de l'incapacité des mineurs, à l'égard des actes de commerce, n'a pas été écrit dans la loi par une pensée d'intérêt général. C'est dans l'intérêt du mineur que les dispositions spéciales le concernant ont été édictées par le C. de comm. Les tiers qui auraient traité avec le mineur ne pourraient pas invoquer la nullité de l'acte. Car ce n'est pas dans leur intérêt non plus que l'incapacité du mineur a été édictée.

Il est difficile de trouver l'intérêt qu'auraient les créanciers à ce que les mineurs fussent déclarés incapables de contracter avec eux. Par contre, l'intérêt des mineurs apparaît clairement. Le commerce est une profession aventureuse, pleine de périls; il est naturel que la loi, protectrice pour les mineurs,

(1) BESLAY, *op. cit.*, p. 301.

comme pour tous les incapables, ait exigé que le mineur, avant de s'exposer aux risques du commerce, reçût de la part des personnes qui le protègent une sorte d'investiture.

§ III. — **Personnes qui peuvent invoquer la nullité.**

Les actes des mineurs non autorisés doivent être rescindés dans leur intérêt propre et sur leur demande, ils ne sont pas nuls mais seulement annulables à leur profit.

Il s'agit donc d'une nullité relative résultant de l'incapacité; cette nullité, d'après les principes généraux du droit, ne peut être invoquée que par le mineur ou par ses héritiers, mais non par ceux qui ont contracté avec lui (article 1125 du C. civ.). Les tiers devaient se renseigner sur la condition de celui avec lequel ils traitaient : *Nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit.*

L'action du mineur dure 10 ans (article 1304 C. civ.); ce délai ne commence à courir que du jour où il a atteint sa majorité. On ne pourrait pas dire que le mineur étant commerçant et réputé majeur pour les actes relatifs à son commerce, la prescription devrait courir contre lui. Laisser une prescription s'accomplir n'a rien de commercial. On ne saurait donc, à ce point de vue, réputer majeur le mineur commerçant. La nullité peut disparaître par suite d'une confirmation expresse ou

tacite faite par l'ex-mineur devenu majeur (article 1338 C. civ.).

L'application de l'article 1125 du C. civ. en vertu duquel le mineur seul ou ses héritiers peuvent invoquer la nullité pour *vice d'incapacité* ne doit pas être étendue à d'autres cas. Ainsi le défaut d'accomplissement des formalités de l'article 2 peut être invoqué par les tiers qui y ont intérêt : et la Cour de cassation (cass. civ., 18 avril 1882 dans Sirey, 1883, I, p. 161), décide que l'article 1125 C. civ. ne met pas obstacle à ce que le défaut de formalités de l'article 2 C. com. soit invoqué par la femme ou par ses ayants-cause. Dans l'espèce, il s'agissait de l'application de l'article 563 C. comm. qui apporte pour le cas de faillite du mari, des restrictions à l'hypothèque légale de la femme mariée. La femme avait intérêt à se prévaloir du défaut d'autorisation afin d'éviter que son hypothèque soit restreinte dans les termes de l'article 563 C. com. En effet, pour que les restrictions soient applicables (1) il faut que le mari ait été commerçant lors de la célébration du mariage, ou qu'ayant été à ce moment sans profession il soit devenu commerçant dans l'année. Or, le mineur non habilité conformément à l'art. 2 n'est pas

(1) L'art. 563 C. comm., apporte pour le cas de faillite du mari, des restrictions à l'hypothèque légale de la femme mariée, à deux points de vue ; 1° Il la restreint quant aux immeubles sur lesquels elle porte, en n'admettant pas qu'elle grève les immeubles acquis à titre onéreux par le mari durant le mariage ; 2° Il la restreint quant aux créances que l'hypothèque légale garantit ; elle ne peut pas être invoquée pour les créances résultant des avantages faits par le mari à sa femme.

commerçant, donc il ne peut pas être mis en faillite, donc l'hypothèque de la femme ne subit pas de restrictions. La femme d'un mineur peut alléguer que son mari n'est pas devenu commerçant. L'objection qu'on y fait est très spécieuse. On dit : par cela même que le mineur a été déclaré incapable par la loi dans son intérêt, lui seul doit pouvoir se prévaloir de son incapacité. A cela il faut répondre : sans doute la nullité des actes faits par le mineur est relative et ne peut être réclamée que par lui et par ses héritiers. Mais dans l'espèce il ne s'agit pas d'une nullité des actes faits par le mineur. La femme prétend que le mari manquait d'une condition essentielle pour être déclaré commerçant et par suite pour être déclaré en faillite. Dès l'instant où le mineur manque d'une des conditions essentielles pour être commerçant, il n'a cette qualité à l'égard de personne (1).

§ IV. — Caractère du vice des actes faits par le mineur non autorisé.

Nous savons qu'il faut distinguer dans les actes faits par les mineurs ou en leur nom, ceux qui sont nuls en la forme, de ceux qui ne sont attaquables seulement pour cause de lésion (2).

(1) En ce sens : LYON-CAEN dans une note (S., 1883, 1, 131).

(2) Cela résulte de l'art. 1311 C. civ., qui distingue entre deux hypothèses, celle où l'engagement était nul en la forme et celle où il serait sujet à restitution, ce qui signifie ici sujet à rescision pour cause de lésion.

Les actes nuls en la forme sont ceux pour lesquels la loi exigeait l'accomplissement de certaines formalités particulières qui ont été négligées.

Les actes attaquables pour cause de lésion sont ceux que le mineur non émancipé a faits seul et ceux que le mineur émancipé a faits sans l'assistance de son curateur, alors que cette assistance était requise.

Les actes faits par le mineur émancipé, assisté du curateur, quand ils ne sont pas soumis à des formalités spéciales, sont inattaquables même au cas de lésion.

Il importe de déterminer la nature du vice dont sont entachés les actes d'un mineur non habilité à faire le commerce. Ces actes sont-ils nuls pour vice de forme, ou en ce sens qu'il y aurait — dans tous les cas — nullité pour incapacité, indépendamment de lésion, ou bien faudra-t-il distinguer parmi ces actes, ceux nuls en la forme de ceux qui sont sujets à rescision pour cause de lésion ?

L'intérêt de la question est visible. S'il y a rescision pour lésion, il faudra, pour que le mineur obtienne la nullité, qu'il prouve le préjudice que l'acte lui a causé. Cette preuve sera inutile s'il y a nullité pour incapacité. En outre, quand la rescision d'un acte est subordonnée à la lésion, il faut que la lésion résulte de l'acte lui-

Il n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût mal en sa forme, ou qu'il fût seulement sujet à restitution.

même, ou qu'elle en ait été la conséquence, en ce sens que le préjudice ultérieurement éprouvé doit avoir sa cause dans l'incapacité du requérant. Il n'y aurait donc pas à tenir compte de la lésion résultant d'un cas fortuit. L'article 1306 C. civ. (1) est formel à cet égard. Enfin, en cas de rescision pour lésion, celui contre qui l'action est dirigée aurait le droit de l'écartier en effaçant la lésion elle-même (2).

On soutient, dans une opinion, qu'il n'y a pas lieu de s'occuper du caractère commercial de ces actes, qu'il faut appliquer uniquement le droit civil pour apprécier s'ils sont nuls pour vice de forme ou pour lésion. Le défaut d'accomplissement des formalités prescrites par l'article 2 C. com., laisserait le mineur émancipé sous le coup des incapacités dont la loi civile l'a frappé.

La validité des engagements contractés par le mineur émancipé qui a fait le commerce sans y être régulièrement habilité doit, dans cette opinion, être appréciée d'après les règles générales du droit civil. Il faut distinguer si ces actes étaient soumis à l'observation de formalités spéciales, ou si, au contraire, ils pouvaient être faits par le mineur émancipé seul ou avec l'assistance de son curateur.

Dans le premier cas, ils sont nuls pour vice de

(1) Art. 1306 : « Le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel et imprévu.

2) BUFNOIR, *Propriété et Contrat*, p. 674 et 675.

forme ; dans le second cas, ils sont seulement réduc-
tibles pour cause de lésion (1). La jurisprudence a
fréquemment approuvé cette façon de voir. La Cour
de Paris, notamment dans son arrêt du 17 déc. 1885
(S. 86, II, 37) a jugé que l'inobservation des formalités
prescrites pour l'habilitation du mineur émancipé à
faire le commerce a pour effet, non de frapper d'une
nullité intrinsèque les engagements commerciaux qu'il
a contractés, mais d'assimiler ces engagements aux
obligations purement civiles qu'il aurait pu souscrire.

Par application de cette idée, l'emprunt contracté
sans autorisation du conseil de famille et l'homologa-
tion du tribunal (art. 483 C. civ.) par un mineur
émancipé qui exploite un fonds de commerce, sans y
être régulièrement habilité, doit être annulé. Mais les
achats de marchandises faits par le mineur en vue de
son commerce doivent être maintenus, si les obliga-
tions qui en résultent n'ont rien d'excessif.

Cette doctrine est à rejeter. L'acte de commerce
annulé comme acte de commerce ne peut survivre
comme acte civil. Un acte ne peut être à la fois, au
regard de la même personne, civil et commercial.

On ne peut faire en même temps un acte civil
valable et un acte commercial inutile.

« Le mineur qui, n'étant pas autorisé, n'a pu faire
l'acte de commerce qu'il croyait, qu'il voulait faire,

(1) En ce sens : Nancy, 12 janv. 1875 (S., 1875, 2, 52) ; Cass. req., 21 avr.
1882 (S., 83, 1, 113).

ne peut prétendre subsidiairement qu'il a fait un acte de la vie civile. Il faut tout l'un ou tout l'autre. Les engagements commerciaux du mineur peuvent être annulés, mais ils ne peuvent pas être réduits » (1).

L'acte sera nul parce que, d'une part, c'est un acte de commerce et que, d'autre part, il a été passé par le mineur en dehors des formalités prévues par l'article 2 du Code de commerce. Décider autrement, ça serait dénaturer l'opération en lui donnant une autre signification que le mineur ne l'avait entendu (2). L'acte est commercial d'après l'intention du mineur qui l'accomplit ; mais il est annulable pour inobservation des formalités prescrites par l'article 2 C. comm. L'article 2 ne prévoit pas de sanction, et c'est le Code civil qui, suivant les principes, doit être appliqué.

La jurisprudence est partagée sur ce point. Elle incline plutôt à adopter l'opinion contraire à celle que nous avons admise. Il y a pourtant un jugement du tribunal de Saint-Gaudens (jug. du 2 déc. 1881 dans SIREY, 1882, II, p. 140) qui décide que les actes de commerce faits par un mineur non émancipé et non autorisé à faire le commerce, sont nuls, et la nullité peut en être demandée indépendamment de toute lésion.

(1) BESLAY, *op. cit.*, p. 305.

(2) EN CE SENS : THALLER, *op. cit.*, p. 102 ; — LYON-CAEN et RENAUULT, *op. cit.*, p. 221, n. 238 ; — BOISTEL, *op. cit.*, p. 62, n° 84.

§ V. — Du mineur qui usurpe la qualité de commerçant.

L'article 1310 C. civ. décide que le mineur n'est point restituable des obligations résultant de son délit ou quasi-délit.

Bigot-Préameneu explique, dans l'Exposé des motifs, pourquoi le mineur ne peut demander à être restitué quand il a commis un délit ou un quasi-délit. « Ce n'est pas une convention dans laquelle la personne qui aurait traité avec lui aurait eu un profit à son préjudice ; elle ne profite point, elle ne fait que recevoir l'indemnité ; et quiconque peut se rendre coupable d'une faute doit en subir la peine ». La loi vient au secours du mineur qui a contracté à son préjudice par légèreté et inexpérience, celui qui commet un délit le fait sciemment ; s'il a l'intelligence nécessaire pour commettre un tort, il doit aussi le réparer. Le quasi-délit ne suppose pas l'intention de nuire, mais l'ordre public, la sécurité des personnes sont intéressées à ce que les faits dommageables soient réprimés et prévenus ; le mineur doit subir cette loi comme le majeur (1).

Quand y a-t-il délit ou quasi-délit ? Les articles 1382 et 1383 répondent que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage est un délit ou un quasi-délit ; un délit quand il y a intention de nuire,

(1) LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVIII, p. 552.

un quasi-délit quand il y a seulement imprudence ou négligence.

Ainsi un mineur, par des manœuvres dolosives, fait croire qu'il est autorisé à faire le commerce, quand en fait cette autorisation fait défaut. Il commande des marchandises sachant qu'il ne pourra pas les payer, puis il prend la fuite. Il a été jugé que ce fait constitue un délit, et le père a été déclaré responsable en vertu de l'article 1384 (1).

L'article 1382 énonce le principe que toute personne est responsable des fautes qu'elle commet. Ce principe est si absolu que les mesures de protection prises par la loi, dans l'intérêt de certains incapables, cèdent ici devant l'intérêt du crédit.

On ne doit pas s'étonner qu'un mineur incapable de prendre au point de vue des conventions le plus petit engagement, soit *doli capax* c'est-à-dire responsable de ses fautes et par conséquent capable de s'engager de la façon la plus grave.

L'intérêt du crédit justifie largement cette différence.

Il y aurait atteinte au crédit si les créanciers ne pouvaient se mettre à l'abri des pièges qui leur sont tendus et des manœuvres frauduleuses d'un mineur qui fait croire qu'il est majeur. Au contraire, la loi ne doit aucune protection aux créanciers imprudents qui ont accepté d'un mineur un engagement que celui-ci ne pourra remplir.

(1) Liège, 2 juill. 1874 (*Pasicrisie belge*, 1867, 2, 50).

Mais il importe de distinguer des manœuvres frauduleuses, la simple déclaration de majorité. L'article 1307 prescrit que : la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution. Cette disposition se lie à celle de l'article 1310, dont elle est en partie une conséquence. La loi entend par *simple* déclaration de majorité une déclaration faite sans intention ni manœuvre frauduleuse. Elle suppose même que cette déclaration a été imposée au mineur par les tiers qui traitent avec lui et qui essayent par ce moyen à prévenir la rescision (1).

Ainsi, la simple déclaration du mineur qu'il est autorisé ne l'empêche pas de demander la nullité de l'acte qu'il a consenti ; mais, faut-il alors que les manœuvres frauduleuses soient constitutives du délit d'escroquerie prévu par l'article 405 du C. pénal. L'incapable ne serait donc responsable que s'il y a eu de sa part manœuvres frauduleuses constitutives du délit (2). Si on admettait l'affirmative, on restreindrait dans les limites très étroites la responsabilité du mineur. Entre la simple déclaration mensongère et les manœuvres fraudu-

(1) L'orateur du Gouvernement expliquait ainsi l'art. 1307 : « On a voulu proscrire un moyen souvent employé pour mettre obstacle à la restitution des mineurs ; on leur opposait la déclaration de majorité qu'ils avaient faite dans l'acte. La loi présume que cette déclaration, dont la fausseté pouvait facilement être vérifiée sur les registres de l'état civil, a été demandée par le créancier pour exclure l'action en restitution ; elle ne veut pas qu'une pareille déclaration puisse être opposée » (LOCRÉ, t. VI, p. 179).

(2) La loi pénale, en définissant le délit d'escroquerie, met parmi les caractères substantiels de ce délit, l'existence de manœuvres frauduleuses.

leuses se placent certains faits mixtes qui ne sont pas assez graves pour rentrer dans les termes de la définition de l'escroquerie (articles 405 C. pén. modifié par la loi du 15 mai 1843) et qui ne sont pas assez inoffensifs pour être assimilés à la simple déclaration de majorité prévue par l'article 1307. La jurisprudence, en expliquant la pensée du législateur a distingué entre le dol, le mensonge, les fausses énonciations, qui sont des faits reprehensibles, coupables, mais non pas délictueux et les manœuvres frauduleuses de l'art. 1310 C. civ. (1).

On examinera si les tiers ont pu légitimement être trompés. S'ils l'ont été, il y a responsabilité, quand même il n'y aurait pas manœuvres constitutives du délit d'escroquerie. En ce cas, le mineur ne serait pas fondé d'intenter une action en nullité. L'acte sera maintenu, car le mineur a commis un véritable *dol* (2).

Par application de ces principes, il a été jugé par la Cour de Rouen (arrêt du 26 avril 1875 dans Sirey, 1875, II, 168) que le mineur n'est pas restituable contre les engagements nés d'une société commerciale, par lui contractée sans autorisation, alors qu'il s'agit d'une société fictive formée sans capitaux et à l'aide d'un titre emprunté et dans le seul but de procurer au mineur les fonds nécessaires à ses prodigalités.

(1) Cass. ch. crim., 20 déc. 1840 (D. P., 41, I, 100) ; 11 nov. 1847 (D. P., 47, 4, 231) ; 10 mai 1850 (D., 51, 5, 230) ; 21 juin 1855 (D. P., 55, 4, 504).

(2) En ce sens : THALLER, *op. cit.*, p. 402 ; LYON-CAEN et RENAUT, *op. cit.*, p. 251.

Attendu, dit la Cour, que si la loi protège l'inexpérience et la faiblesse de l'âge et restitue le mineur même émancipé contre toute convention qui excède les bornes de sa capacité (article 1305 C. civ.), cette protection ne s'étend point aux actes volontaires qui ont revêtu le caractère de quasi-délit (art. 1310 du C. civ.) ; que ce n'est plus le mineur que, dans ce cas, a été trompé, et que sa responsabilité civile se trouve engagée comme sa responsabilité morale ; que nul, en effet, sous peine de violer un principe d'éternelle justice, ne doit bénéficier du préjudice qu'il cause à autrui (article 1382 C. civ.)...

Que loin de porter atteinte à la double garantie dont les articles 2 C. comm. et 1305 C. civ. couvrent la minorité, la juste rigueur de l'art. 1310 confirme la règle par une solution exceptionnelle ; et que l'économie de ces dispositions n'a donc rien d'inconciliable et de contradictoire.

CHAPITRE VI

QUELQUES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES SUR LE MINEUR COMMERÇANT

(Allemagne, Belgique, Italie, Espagne, Portugal, Suisse).

Nous allons passer en revue, assez rapidement, quelques-unes des législations étrangères, dans leurs dispositions concernant le mineur commerçant.

Faisons remarquer que presque toutes, plus nouvelles dans leur date que le C. de comm. français, créent une situation juridique différente au mineur commerçant. Les unes, comme la législation allemande et suisse, n'admettent pas ce dédoublement de la personnalité du mineur — souvent très fâcheux dans ses conséquences — qui existe en droit français.

Le système allemand admet la même règle de capacité pour le mineur commerçant que pour le mineur civil. La majorité est fixée à 21 ans, comme en France. Mais, dès l'âge de 18 ans, le mineur peut obtenir du « Tribunal des Tutelles » avec l'autorisation du père une « anticipation de majorité » ; c'est la *vœnia ætatis* des Romains. Grâce à elle le mineur devient majeur pour toutes les affaires civiles aussi bien que commerciales.

D'autre part, le tuteur peut continuer lui-même le commerce au nom de son pupille, à la condition d'une autorisation spéciale du Tribunal des tutelles.

D'autres législations (Loi belge de 1872, Code italien, Code roumain), tout en admettant le système français pour le mineur émancipé âgé de 18 ans, permettent au tuteur — à condition qu'il soit autorisé — de continuer le commerce du mineur qui n'aurait pas encore atteint cet âge.

§ 1^{er}. — Allemagne.

Le C. de comm. allemand du 10 mai 1897, promulguée le 21 mai de la même année, contient un article 7, ainsi rédigé : Il ne sera dérogé en rien à l'application des dispositions du présent Code concernant les commerçants, par les prescriptions du droit public d'après lesquelles l'exercice du commerce est interdit à de certaines personnes ou soumis à des conditions déterminées (1).

C'est le C. civ. allemand, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, qui règle la capacité du mineur commerçant.

L'article 3 du C. civ. allemand porte que le mineur qui a 18 ans accomplis peut être déclaré majeur par décision du tribunal des tutelles.

Par la déclaration de majorité, le mineur acquiert la capacité juridique du majeur.

(1) Code commerce mis en vigueur en 1900, trad. Paul CARPENTIER 1901.

La déclaration de majorité assimile le mineur au majeur pour les affaires civiles aussi bien que pour les affaires commerciales. La majorité d'après l'article 2, du C. civ. allemand, commence à l'âge de 21 ans. Le C. civ. allemand a repoussé la règle que l'émancipation résulte de plein droit du mariage (article 470 C. civ. français), il a repoussé l'émancipation elle-même (477 et 487 C. civ. français), qui ne confère au mineur que des droits restreints (1).

L'article 112 du même Code, est ainsi rédigé :

« Lorsque le représentant légal avec l'approbation du Tribunal de tutelle autorise le mineur à exercer lui-même une industrie, celui-ci est par là même autorisé à passer les actes relatifs à cette industrie, sans limitation.

Il faut en excepter les actes juridiques pour lesquels le représentant légal a besoin lui-même de l'autorisation du Tribunal de tutelle.

Cette habilitation peut être révoquée par le représentant légal avec l'autorisation de ce Tribunal ».

D'après l'article 1821 du C. civ. allemand, le tuteur a besoin de l'autorisation du Tribunal de tutelle : 1^o pour disposer d'un immeuble ou d'un droit immobilier; 2^o pour disposer d'une créance ayant pour but la transmission de la propriété d'un immeuble.

Le tuteur peut, lui-même, faire le commerce au

(1) MEULENAERE, *Code civil allemand et loi d'introduction sous l'art. 3.*

nom du mineur, en vertu de l'article 1823 du C. civ. allemand. Mais sous la condition d'avoir l'assentiment du Tribunal de tutelle. Le tuteur ne doit pas, sans l'assentiment du Tribunal de tutelle, commencer l'exercice d'une industrie ou d'un commerce au nom du pupille, ou mettre fin à l'exploitation déjà existante (article 1823) ».

Le mineur lui-même pourrait exercer le commerce avec l'autorisation du tuteur, approuvé par le tribunal de tutelle.

Mais à partir de quel âge ?

Le Code civil allemand pose les principes suivants quant à la capacité de contracter :

Il y a incapacité totale pour le mineur au-dessous de 7 ans. Quant au mineur au-dessus de 7 ans, agissant sans l'intermédiaire du tuteur, sa situation n'est pas la même qu'en droit français.

D'après le Code civil allemand (article 107-113), la nullité des actes est toujours relative, mais le tiers peut mettre en demeure le mineur de faire option et se désister du contrat tant qu'il n'a pas été ratifié (1).

Si le mineur est autorisé conformément à l'article 112 C. civ., il pourra faire seul tous les actes que le tuteur peut accomplir sans autorisation de justice.

D'après l'article 51 du Code de procédure civile

(1) En droit français le tiers ne saurait renoncer au contrat tant que la ratification n'est pas refusée et il ne peut mettre en demeure d'opter.

allemand, le mineur peut ester en justice pour les besoins de son commerce.

Le mineur jouit de la libre disposition de ce qu'il a gagné dans son commerce, exercé avec autorisation (article 1651, n° 1 C. civ. allemand).

En vertu de l'art. 1659 du même Code, les créanciers du mineur peuvent, sans avoir égard à l'usufruit des parents sur les biens de l'enfant, se faire payer sur la fortune du mineur.

§ II. — Belgique.

En Belgique, c'est la loi du 15 décembre 1872, qui règle la condition du mineur commerçant.

Pour le mineur qui veut exercer le commerce, la loi belge exige dans son article 4 l'âge de 18 ans, l'autorisation des parents et l'accomplissement de certaines formalités de publicité.

L'autorisation du père et de la mère est accordée par une déclaration faite devant le juge de paix ou devant le greffier du tribunal de commerce. L'autorisation devra donc être authentique. Cette condition n'est pas exigée — comme nous l'avons vu — par le Code de commerce français.

L'acte d'autorisation devra être conformément à l'article 4 de la loi belge de 1872 transmis en expédition au greffe du tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile ou à défaut de tribunal de

commerce, au greffe du tribunal civil pour y être transcrit sur un registre tenu à cet effet. Ce registre sera communiqué sans frais à toute personne qui en fera la demande.

L'article 5 prévoit le retrait de l'autorisation. « Le père, la mère ou le conseil de famille qui a accordé l'autorisation peut en demander le retrait par requête adressée au président du tribunal du domicile du mineur, qui rendra ordonnance portant permission de citer le mineur, à jour indiqué, à la chambre du conseil, pour y proposer ses observations.

Le mineur entendu ou faute par lui de se présenter, il sera rendu, sur la conclusion du ministère public, jugement qui statuera sur la demande de retrait.

Le retrait sera soumis à la publicité : « Un extrait du jugement autorisant le retrait sera transmis, dans le délai d'un mois au greffe du tribunal de commerce, pour y être transcrit sur le registre mentionné dans l'article 4.

L'article 8 prévoit la continuation d'un commerce par le tuteur. « Le commerce des parents du mineur sera continué par son tuteur si le conseil de famille le juge utile et sous les conditions qu'il détermine.

La direction peut en être confiée à un administrateur spécial sous la direction du tuteur.

La délibération du conseil de famille sera, dans la quinzaine, soumise à l'homologation du tribunal.

Elle sera immédiatement exécutée et ne cessera ses effets que si l'homologation est refusée.

Le conseil de famille, en observant la même formalité pourra toujours révoquer son consentement. La décision dans ce cas, ne sera exécutée qu'après avoir été homologuée par le tribunal ».

La disposition de l'article 8 de la loi belge du 15 décembre 1872 est nouvelle. En effet, elle n'existait pas dans le Code de commerce de 1808. Malgré cela, plusieurs arrêts avaient décidé qu'un tuteur pouvait continuer, pour et au nom des mineurs, le commerce de banque exercé en société par leur père, et que l'article 2 de l'ancien C. de comm. n'était point applicable en ce cas (PASIE, 1852, 2, 56, Cass., B, 30 avril 1852) (1852, 475).

Le projet de la commission du Gouvernement contenait un article 6 ainsi conçu :

« Le commerce des parents du mineur sera continué par son tuteur si le conseil de famille le trouve utile, et dans les conditions arrêtées par lui.

» La direction pourra être confiée à un administrateur sous la surveillance du tuteur ».

Voici comment M. Van Humbrek, rapporteur de la commission à la Chambre des représentants, justifiait cette opinion dans son rapport : « Le danger qu'il pouvait y avoir de permettre au tuteur de commencer un commerce au nom du mineur n'existe plus, lorsqu'il s'agit seulement de continuer le commerce des parents.

Au contraire, la nécessité de liquider les affaires des parents, au moment du décès de ceux-ci, peut nuire gravement à la fortune des mineurs. Il faut s'en remettre alors au conseil de famille de sauvegarder les intérêts des mineurs et lui laisser le pouvoir de déterminer les conditions de la gestion commerciale, comme de la confier, au besoin, à un administrateur particulier, s'il ne croit pas au tuteur une expérience suffisante de ces intérêts spéciaux (1).

Mais cet article du projet a subi, par la suite, des modifications et est devenu l'article 8 actuel. Ainsi, la délibération du conseil de famille devra être homologuée par le tribunal.

La loi a plus de confiance dans les lumières du conseil de famille composé d'un certain nombre de parents, amis ou alliés et du juge de paix (article 407 et suiv. du C. civ. que dans celles d'un seul individu, le tuteur. C'est pourquoi le conseil de famille est appelé à statuer sur le point de savoir si le commerce des parents du mineur sera continué au nom de celui-ci et sous quelles conditions la continuation aura lieu (art. 8, al. 1).

Cette délibération est soumise à l'homologation. Elle présente, en effet, une importance considérable pour la fortune du mineur.

Si le tuteur n'a pas l'aptitude ou le loisir nécessaire pour vaquer personnellement aux opérations du com-

(1) *Comment. législ. du C. comm. belge*, par A. NYSSENS et DE BAETS, p. 32, n. 75.

merce du mineur (art. 8, 2^e alinéa) « la direction peut en être confiée à un administrateur spécial, sous la surveillance du tuteur ».

Enfin, si la continuation du commerce des parents du mineur occasionne des pertes au lieu de procurer des bénéfices, l'intérêt du mineur exige la cessation du commerce. Ainsi, le conseil de famille pourra toujours révoquer son consentement (art. 8).

L'article 8 contient une disposition finale ainsi conçue : « L'autorisation sera accordée et retirée, soit devant le juge de paix, soit devant le greffier du tribunal de commerce ».

Cette disposition a été ajoutée à l'article 2 ancien dans le but de mettre fin aux difficultés élevées, tant sur le point de savoir si l'autorisation une fois accordée pouvait être retirée, que sur la forme dans laquelle ladite autorisation devait être accordée et retirée.

L'article 8 soulève des questions assez graves et très importantes.

Si celui qui exerce le commerce au nom du mineur vient à cesser les paiements, y aura-t-il lieu à déclaration de faillite ?

Dans le cas de l'affirmative, un mineur en tutelle pourra-t-il être considéré comme failli ?

Les incapacités qui sont ordinairement la suite de l'état de failli atteindront-elles ce mineur et, spécialement, sera-t-il incapable d'exercer ses droits politiques, quand il deviendra majeur ?

Pourra-t-il y avoir lieu à condamnation de banque-route, contre le mineur ou contre le tuteur ou administrateur ?

Il serait injuste d'assimiler un mineur en tutelle à un failli ordinaire et le rendre victime, au point de vue de sa capacité juridique, de l'imprudence ou de la mauvaise foi de son représentant.

L'exercice du commerce par le tuteur n'a pas pour effet de le rendre commerçant. Le tuteur, en effet, n'agit pas dans son intérêt personnel; sa fonction est essentiellement gratuite et le bénéfice de sa gestion profite au mineur seul. Il est mandataire, et comme tel, ne peut être commerçant.

L'exercice de ce commerce ne peut avoir d'avantage pour effet de rendre le mineur commerçant. Le mineur, en effet, n'accomplit aucun acte par lui-même; et même s'il agissait lui-même, ses actes ne seraient pas actes de commerce, aux termes de l'article 6 de la loi du 15 déc. 1872, à moins qu'il soit autorisé conformément à l'article 4.

Le mineur, dont le commerce est ainsi géré, ne peut donc être déclaré en faillite (*Pandectes belges* au mot *Mineur*).

§ III. — Italie.

Le Code de commerce italien (mis en vigueur le 1^{er} janvier 1883) contient les dispositions suivantes en ce qui concerne le mineur commerçant.

ART. 9. — Les mineurs émancipés de l'un ou de l'autre sexe peuvent exercer le commerce et être réputés majeurs quant aux engagements par eux contractés pour faits de commerce, moyennant une autorisation consentie soit par leur père devant le *prêteur* (1), soit par le conseil de famille ou de tutelle, dans une délibération homologuée par le tribunal civil.

Les actes d'émancipation et d'autorisation devront être présentés au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le mineur a l'intention de fixer sa résidence, et ils devront être, à la diligence du greffier, transcrits sur le registre à ce destiné et affichés dans la salle du tribunal, dans la salle de la maison commune, et dans les locaux de la Bourse la plus voisine.

Tant que les formalités de transcription et d'affichage n'ont pas eu lieu, le mineur ne pourra entreprendre l'exercice du commerce.

Le mineur émancipé non commerçant est soumis (art. 10) aux mêmes formalités quand il s'agit de faits que la loi répute actes de commerce.

L'article 11 contient une disposition contraire à l'article 6 du C. de comm. français. Le mineur convenant peut *hypothéquer* et *aliéner* ses immeubles. Nous avons vu que le Code de comm. français, tout en accordant au mineur la faculté d'hypothéquer, prescrit pour l'aliénation de ses immeubles l'accomplissement des

(1) Les fonctions de prêteur sont analogues à celles des juges de paix en France.

formalités requises pour l'aliénation des immeubles des mineurs en curatelle.

Le père et le tuteur pourront continuer (article 2) l'exercice du commerce dans l'intérêt du mineur, s'ils y sont autorisés, le premier par le tribunal civil et le second par une délibération du conseil de famille ou de tutelle, homologuée par le tribunal. Les autorisations sont soumises aux même formalités de publicité, c'est-à-dire à l'enregistrement et à l'affichage.

Le Code de commerce roumain entré en vigueur le 1^{er} septembre 1887, qui est la traduction presque littérale du C. de comm. italien, contient des dispositions pareilles à ce dernier, sur la condition périodique du mineur commerçant.

§ IV. — Espagne.

Code de commerce espagnol promulgué le 22 août 1886 (traduit et annoté par Henri Prudhomme).

ART. 4. — Auront la capacité légale d'exercer habituellement le commerce, les personnes qui réunissent les conditions suivantes et 1^o ont atteint l'âge de 21 ans accomplis (1).

2^o Ne sont pas soumises à la puissance du père ou de la mère, ni de l'autorisation maritale.

3^o Ont la libre disposition de leur bien.

(1) Le Code civil espagnol de 1889 a fixé la majorité à 23 ans accomplis (art. 320).

ART. 5. — Les mineurs de 21 ans et les incapables pourront continuer, par l'intermédiaire de leurs tuteurs (*guardadores*) (1), le commerce qu'auront exercé leurs parents ou ayants-cause.

Si les tuteurs n'ont pas la capacité légale de faire le commerce, ou s'ils se trouvent dans un cas quelconque d'incompatibilité, ils seront obligés de nommer un ou plusieurs facteurs réunissant les conditions légales, qui les suppléeront dans l'exercice du commerce.

§ V. — Suisse.

En Suisse, il n'existe pas de Code de commerce applicable à toute la confédération. En dehors de la législation particulière à chaque canton, on ne trouve que les articles 859 et suiv. du Code fédéral des obligations, modifiés par la loi du 11 décembre 1888, qui traitent aussi des registres de commerce.

En Suisse, il y a encore identité de capacité en matière civile et commerciale.

Les Suisses ont adopté cela avant même les Allemands. Comme en Allemagne, la majorité est fixée à l'âge de 20 ans. Le mineur peut obtenir dès 18 ans une déclaration de majorité, ce qui lui permet de faire tous les actes sans pouvoir les annuler ou rescinder.

(1) Par le mot *guarda*, *guardadores*, le droit espagnol comprend l'ensemble des institutions prévues en vue de venir en aide aux incapables et les personnes chargées de la garde de la personne et de l'administration des biens des incapables. La *guarda* comprend la tutelle et la curatelle (V. E. LEHR, *Éléments de droit civil espagnol*, t. I, n° 201).

Comme en Allemagne le mineur en tutelle, avant 18 ans, peut être propriétaire d'un fonds de commerce qu'il exploite lui-même après 7 ans (la loi dit un âge de raison), et que le tuteur exploite pour lui avant cet âge. Peu importe la nature de l'exploitation (1).

Divers cantons suivent d'ailleurs la législation française; d'autres, l'ancienne législation allemande.

Dans le canton *de Berne* (2), le mineur de 24 ans ne peut faire le commerce. Il ne peut être habilité qu'à partir de 20 ans; il est réputé majeur pour tous les actes de sa profession.

§ VI. -- Portugal.

Le Code de commerce portugais de 1888, dans son article 8, prescrit que le mineur qui, par l'émancipation, a été habilité à administrer ses biens, est apte à faire des actes de commerce comme s'il était majeur.

C'est là une disposition de beaucoup plus large que celle qui régit en France la capacité du mineur commerçant.

(1) THALLER à son cours de législation commerciale comparée.

(2) HOECHSTER, SACRÉ et OUDIN, *Législations commerciales étrangères*, p. 30

CONCLUSION

Nous avons examiné dans notre thèse les difficultés juridiques que soulève le système français sur la capacité du mineur commerçant.

La continuation du fonds de commerce, au cas où le mineur n'a pas encore atteint l'âge de 18 ans, est une des questions les plus délicates de notre sujet. Le législateur est muet sur ce point ; aussi, à défaut de textes, avons-nous essayé, en suivant notre savant maître, M. Thaller (1), d'appliquer la théorie de la succession acceptée bénéficiairement.

Quant aux critiques que peut soulever l'article 2 du C. de comm., on se demande si c'est un système raisonnable, conforme aux données de l'expérience et de la science ?

On a trouvé deux séries d'avantages au système français ; les uns au point de vue de l'intérêt des mineurs, les autres au point de vue de l'intérêt général.

Le système de l'article 2 assure d'un côté le patrimoine et l'honneur des mineurs, et, d'autre part, il ferme l'accès des affaires commerciales à des esprits trop peu mûrs pour y apporter des efforts sérieux. En

(1) Dans son article des *Annales* cité plus haut,

effet, en nous plaçant au point de vue de la protection du mineur, on remarquera que les opérations commerciales constituent un mode dangereux de l'emploi de l'activité. Le commerce peut être parfois une source de richesses, mais il est bien souvent une cause de ruine.

Un homme parvenu déjà à la maturité complète de l'esprit peut se livrer au commerce et en courir les chances ; mais le mineur doit se garder des affaires commerciales, parce qu'elles l'exposent à des dangers, que sa raison ne peut peut-être pas prévoir.

Le commerce général est aussi intéressé aux mesures de protection du mineur. L'interdépendance dans laquelle se trouvent les différentes maisons de commerce fait que l'insuccès d'une maison particulière a son contre-coup que subissent beaucoup d'autres maisons. Il y a, par conséquent, une solidarité entre les différentes maisons de commerce.

Un auteur (1) ne trouve pas ces considérations suffisantes pour justifier le système de protection organisé par l'article 2 du Code de commerce français.

Les négociations commerciales, dit-il, demandent de la rapidité. Comment le mineur pourra-t-il suivre le cours précipité des affaires avec le long bagage de formalités dont la loi lui impose le poids ? A chaque opération, il devra prouver que toutes les formalités

(1) BESLAY, *op. cit.*, p. 224.

exigées par la loi ont été remplies ; qu'il a été émancipé, qu'il a l'âge de 18 ans ; qu'il a reçu de sa famille l'autorisation de faire le commerce ; que cette autorisation a été publiée dans les formes voulues.

Ce qu'on doit surtout critiquer dans le système français, c'est le dédoublement de la personnalité juridique du mineur qui, capable pour les actes de commerce, se comporte comme tout autre mineur émancipé en présence des actes de sa vie civile.

En effet, il y a beaucoup d'actes dont le caractère commercial ou civil est discuté (1).

Le système allemand de la déclaration de la majorité nous semble, à cet égard, de beaucoup supérieur.

En droit français, si l'on décide que l'acte conclu par le mineur n'est pas un acte de commerce ou qu'il n'est pas relatif à son commerce, le mineur aura fait un acte nul. Or, la loi doit assurer l'efficacité des conventions intervenues entre les parties et diminuer les causes de nullité des actes juridiques. Dans le système français, au contraire, les causes de nullité sont multipliées. La distinction que l'article 6 du Code de commerce français fait entre la faculté d'hypothéquer et celle d'aliéner nous paraît encore sans fondement.

Elle n'est pas logique et elle n'est pas favorable aux intérêts du mineur, car celui-ci peut être obligé de vendre ses immeubles pour payer ses créanciers hypo-

(1) Ex. : L'achat d'un fonds de commerce, convention relative aux droits d'auteurs.

thécaires : la publicité des formalités requises pour l'aliénation nuira certainement à son crédit, alors que son intérêt serait d'opérer cette aliénation sans bruit pour ne pas révéler aux tiers sa situation critique.

Sur ce point le Code de commerce italien (article 12) et le Code de commerce roumain (article 10) contiennent des dispositions préférables, le mineur commerçant peut vendre ses immeubles sans aucune autorisation.

Vu

Le Président de la thèse,
THALLER.

Vu :

Le Doyen :
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	I
CHAPITRE I ^{er} . — Notions historiques sur le mineur commerçant.....	1
CHAPITRE II. — Conditions d'habilitation du mineur au commerce.....	14
§ I. — ÉMANCIPATION.....	15
§ II. — ÂGE.....	16
§ III. — L'AUTORISATION EXPRESSE DE FAIRE LE COMMERCE.....	17
A. <i>De quelles personnes doit-elle émaner.....</i>	17
B. <i>L'autorisation peut être donnée en vue d'une association du mineur avec son père.....</i>	22
C. <i>Forme de l'autorisation.....</i>	30
§ IV. — EFFETS DE L'AUTORISATION.....	34
§ V. — DE LA RÉVOCATION DE L'AUTORISATION.....	36
§ VI. — PUBLICITÉ DE L'AUTORISATION.....	45
§ VII. — DES ACTES DE COMMERCE ISOLÉS FAITS PAR LE MINEUR.....	49
§ VIII. — HABILITATION DE LA FEMME MARIÉE MINEURE A FAIRE LE COMMERCE.....	50
CHAPITRE III. — Capacité du mineur commerçant.....	55
§ I. — IL EST CAPABLE POUR LES ACTES RELATIFS A SON CONCOURS.....	55
§ II. — APPLICATION DE LA PRÉSUMPTION DE COMMERCIALITÉ DE MINEUR COMMERÇANT.....	62
§ III. — LE MINEUR COMMERÇANT PEUT-IL ACHETER OU VENDRE UN FONDS DE COMMERCE ?.....	74
§ IV. — LE MINEUR COMMERÇANT PEUT-IL CAUTIONNER LA DETTE D'AUTRUI.....	81
§ V. — CAPACITÉ POUR CONTRACTER UNE SOCIÉTÉ.....	83
§ VI. — CAPACITÉ DU MINEUR COMMERÇANT D'ENGAGER ET D'HYPOTHÉQUER SES IMMEUBLES ; CONDITIONS REQUISES POUR LES ALIÉNER (Art. 6 C. comm.).....	86
§ VII. — LE MINEUR AUTORISÉ CONFORMÉMENT A L'ART. 3 A-T-IL PAR CELA MÊME LA CAPACITÉ D'HYPOTHÉQUER.....	100
§ VIII. — SI LE MINEUR COMMERÇANT PEUT FAIRE LA CESSION VOLONTAIRE OU JUDICIAIRE DE SES BIENS ; S'IL PEUT CONSENTIR UN CONCORDAT PAR ABANDON D'ACTIF.....	103

	Pages.
§ IX. — LE MINEUR COMMERÇANT A-T-IL LA REQUÊTE CIVILE ?.....	406
§ X. — COMMUNICATION AU MINISTÈRE PUBLIC.....	408
CHAPITRE IV. — De la continuation d'un fonds de commerce ou d'une société par un héritier mineur...	410
CHAPITRE V. — Du sort des actes de commerce faits par le mineur non habilité.....	438
§ I ^{er} . — CONSÉQUENCES DE L'ANNULATION DE CES ACTES.....	438
§ II. — DE LA NULLITÉ DES ACTES FAITS PAR LE MINEUR NON HABILITÉ.	440
§ III. — PERSONNES QUI PEUVENT INVOQUER LA NULLITÉ.....	442
§ IV. — CARACTÈRE DU VICE DES ACTES FAITS PAR LE MINEUR NON AUTORISÉ.....	444
§ V. — DU MINEUR QUI USURPE LA QUALITÉ DE COMMERÇANT.....	449
CHAPITRE VI. — Quelques législations étrangères sur le mineur commerçant (Allemagne, Belgique, Italie, Es- pagne, Portugal, Suisse).....	454
§ I ^{er} . — ALLEMAGNE	455
§ II. — BELGIQUE	458
§ III. — ITALIE.....	463
§ IV. — ESPAGNE.....	465
§ VI. — SUISSE.....	466
§ V. — PORTUGAL.....	467
CONCLUSION.....	469

